

**OPPSIGELSE OG AVSKJED AV TILLITSVALGTE.
TARIFFAVTALEREGULERING, FORHOLDET MELLOM
AVTALE OG LOV, PROSESSUELLE RETTIGHETER.**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 648
Leveringsfrist: 25. november 2009

Til sammen 17006 ord

19.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	AVGRENSNINGER	2
1.1.1	SPESIELT OPPSIGELSESVERN	2
1.1.2	FRISTER	2
1.1.3	STATSTJENESTEMENN OG EMBETSMENN	2
1.1.4	KOMMUNALT OG FYLKESKOMMUNALT ANSATTE	3
1.1.5	SJØMANNSLOVEN	3
1.1.6	VERNEOMBUD OG ARBEIDSMILJØUTVALG	3
1.1.7	FORSKJELLIGE TARIFFAVTALER	4
1.2	RETTSKILDENE	4
1.2.1	LOV OG FORARBEIDER	4
1.2.2	RETTSPRAKSIS	5
1.2.3	EU-DIREKTIVER	6
1.2.4	INTERNASJONALE RETTSKILDER	6
1.2.5	TARIFFAVTALER	7
1.2.6	JURIDISK LITTERATUR	8
1.3	ARBEIDSRETTLIGE BEGREPER	8
1.3.1	ARBEIDSTAKER	8
1.3.2	ARBEIDSGIVER	8
1.3.3	STYRINGSRETT	9
1.3.4	LOJALITETSPLIKT	9
1.3.5	OPPSIGELSE	9
1.3.6	AVSKJED	10
1.3.7	FAGFORENING	10
1.3.8	TARIFFAVTALE	10
<u>2</u>	<u>KORT OM ARBEIDSRETTLIGE FORHOLD I SVERIGE OG DANMARK</u>	<u>11</u>
2.1	SVERIGE	11

2.2	DANMARK	12
<u>3</u>	<u>TILLITSVALGTES SPEIELLE FORHOLD</u>	<u>13</u>
3.1	HVEM ER TILLITSVALGTE?	13
3.1.1	"AVTALETILLITSVALGTE"	14
3.1.2	ANDRE TILLITSVALGTE	14
3.2	ARBEIDSMILJØLOVENS BESTEMMELSER	15
3.3	EU-DIREKTIVER	19
3.4	TARIFFAVTALER	20
3.4.1	HOVEDAVTALEN LO-NHO	21
3.5	AML. OG TARIFFAVTALE – NOEN FORSKJELLER OG LIKHETER	23
3.5.1	BESTEMMELSER OM VALG	24
<u>4</u>	<u>ARBEIDSRETTLIGE TVISTER OG PROSESSUELLE RETTIGHETER</u>	<u>26</u>
4.1	BASERT PÅ ARBEIDSMILJØLOVENS BESTEMMELSER	28
4.2	BASERT PÅ TARIFFAVTALTE BESTEMMELSER	29
<u>5</u>	<u>OPPSIGELSE AV TILLITSVALGTE</u>	<u>30</u>
5.1	KRAV TIL DRØFTING	30
5.1.1	ARBEIDSMILJØLOVEN	30
5.1.2	JURIDISK TEORI	30
5.1.3	TARIFFAVTALE	31
5.2	OPPSIGELSE PGA. ARBEIDSGIVERS/ VIRKSOMHETENS FORHOLD	33
5.2.1	RETTSPRAKSIS FRA ARBEIDSRETEN	36
5.2.2	VURDERING	38
5.3	OPPSIGELSE PGA. DEN TILLITSVALGTES FORHOLD	40
5.3.1	TILLITSVALGTES LOJALITETSPLIKT	40
		II

5.4	RETTSPRAKSIS	43
5.4.1	DE ALMINNELIGE DOMSTOLER	43
5.4.2	ARBEIDSRETTE	44
5.4.3	VURDERING	45
5.5	RETT TIL Å FORTSETTE I STILLINGEN ETTER OPPSIGELSE	46
5.6	SPESIELLE OPPSIGELSESFRISTER	47
5.7	OPPSIGELSESVERN VED VIRKSOMHETSNEDELGELSE	47
5.8	TILBAKEVIRKNING AV HOVEDAVTALENS BESTEMMELSER	48
5.8.1	KRAV OM TARIFFAVTALE	48
5.8.2	VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER MM.	48
<u>6</u>	<u>AVSKJED AV TILLITSVALGTE</u>	<u>49</u>
6.1	AVSKJED PGA. ARBEIDSGIVERS/ VIRKSOMHETENS FORHOLD	49
6.2	AVSKJED PGA. DEN TILLITSVALGTES FORHOLD	49
6.2.1	RETTSPRAKSIS	51
6.2.2	VURDERINGER	55
6.3	KORT OM SUSPENSJON AV TILLITSVALGT	56
<u>7</u>	<u>OPPSUMMERING OG SYNSPUNKTER</u>	<u>57</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>

1 INNLEDNING

Regler om arbeidstakeres representanter har sin opprinnelse i fabrikktilsynsloven av 1892 og ble videreført i arbeidervernlovene av 1936 og 1956 med endringer i 1958 og 1968. Begrepet ”tillitsmann” ble først brukt i arbeidervernloven av 1956, og ble siden erstattet med begrepet ”tillitsvalgte” i arbeidsmiljøloven av 1977. Ingen av disse lovene inneholdt imidlertid definisjoner av funksjonen som arbeidstakernes representant/ tillitsmann/ tillitsvalgt, og det er alminnelig antatt at reglene refererte til ”avtaletillitsvalgte”, det vil si representanter for organiserte arbeidstakere, valgt av og blant organiserte arbeidstakere på basis av tariffbestemmelser.¹

Arbeidstakernes representanter har en rekke viktige oppgaver i arbeidslivet. Dette gjelder spesielle funksjoner som verneombud og deltakere i arbeidsmiljøutvalg, samt plikter i forbindelse med informasjons- og drøftingsmøter med arbeidsgiver på bakgrunn av arbeidsmiljølovens bestemmelser. ”Avtaletillitsvalgte” har i tillegg oppgaver og forpliktelser på bakgrunn av tariffavtalte bestemmelser.

Ettersom tariffavtaledekningen i privat sektor i det norske arbeidslivet ligger på ca. 60 prosent² innebærer dette at mange tillitsvalgte på arbeidsplasser i privat sektor står uten et særskilt tariffavtalt vern ved oppsigelse og avskjed, og følgelig kun har arbeidsmiljølovens bestemmelser om stillingsvern å forholde seg til. Arbeidsmiljøloven spesifiserer etter ordlyden ikke bestemte rettigheter eller forsterket stillingsvern på bakgrunn av utøvelsen av vervet. Det spesielle stillingsvern for tillitsvalgte må derfor etableres på bakgrunn av en tolkning av saklighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 15-7 (1).

1 Jf. Evju (2005) s. 213 ff.

2 Jf. Nergaard (2006) s.29, tabell 4.4

Temaet i det følgende er hvorvidt tillitsvalgte har utvidede rettigheter og sterkere vern når det gjelder oppsigelse og avskjed enn andre arbeidstakere, og hjemmelen for et slikt vern. Oppgaven vil gjennomgå det lovfestede vern som omfatter alle kategorier tillitsvalgte, samt det tariffestede vern som supplerer det lovfestede vern for fagorganiserte tillitsvalgte i virksomhet bundet av tariffavtale. Videre vil oppgaven behandle prosessuelle rettigheter ved rettstvister på bakgrunn av de forskjellige vernebestemmelsene.

1.1 AVGRENSNINGER

1.1.1 SPESIELT OPPSIGELSESVERN

Det spesielle oppsigelsevern etter arbeidsmiljøloven §§ 15-8 ved sykdom, 15-9 ved svangerskap med videre og 15-10 ved militærtjeneste med videre, vil ikke bli omtalt i det følgende. Det samme vil gjelde for oppsigelser ved oppnådd pensjonsalder etter § 15-13 bokstav a.

1.1.2 FRISTER

Frister i forhold til bestemmelsene om søksmål i aml. §§ 15-11 og 17-3 vil ikke bli behandlet.

1.1.3 STATSTJENESTEMENN OG EMBETSMENN

Med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 1-2 (3), er bestemmelser om oppsigelse, avskjed og suspensjon for statstjenestemenn og embetsmenn tatt in i tjenestemannsloven³, annet kapittel. Statens Personalhåndbok har i pkt. 2.8, 2.10 og 2.11 regler om oppsigelse, suspensjon og avskjed, uten at disse bestemmelsene gir tillitsvalgte spesielle rettigheter eller spesiell beskyttelse. Hovedavtalen i Staten inneholder i §§ 30-35 bestemmelser om tillitsvalgtes forhold, blant annet valgeregler, funksjonstid og melding om valg til arbeidsgiver. Innholdet i disse bestemmelsene kan minne om de tilsvarende bestemmelsene i Hovedavtalen LO-NHO kap. V. Hovedavtalen i Staten har imidlertid ingen regler

³ Lov om statens tjenestemenn av 4. mars 1983 nr. 3

tilsvarende Hovedavtalen LO-NHO § 6-11 om oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgte, slik at stillingsvernet for tillitsvalgte statstjenestemenn på lik linje med øvrige statstjenestemenn er basert på bestemmelsene i tjenestemannsloven, jf. også forskrift av 16. desember 2005 nr. 1567 om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper.

1.1.4 KOMMUNALT OG FYLKESKOMMUNALT ANSATTE

Arbeidstvistloven og arbeidsmiljøloven gjelder for kommunalt og fylkeskommunalt ansatte, likevel slik at forvaltningslovens spesielle bestemmelser om begrunnelse for vedtak, klageadgang med videre gjelder.⁴

1.1.5 SJØMANNSLOVEN

Ettersom sjøfart er unntatt fra bestemmelsene i arbeidsmiljøloven, jf. § 1-2 (2) bokstav a, har sjømannsloven av 30. mai 1975 nr. 18 bestemmelser om oppsigelse og avskjed i §§ 16, 19, 20 og 20 a). Sjømannsloven nevner i en rekke bestemmelser adgangen til å la seg bistå av tillitsvalgt eller annen rådgiver, men har ingen spesielle bestemmelser om utvidede rettigheter eller spesielt stillingsvern for disse. Også etter sjømannsloven § 19 stilles krav til saklig begrunnelse ved oppsigelse. Grunnlag for avskjed er i sjømannsloven § 15 første ledd spesifisert til en rekke konkrete forhold. Disse bestemmelsene skiller imidlertid ikke mellom tillitsvalgte og øvrige arbeidstakere, og vil følgelig ikke bli kommentert videre her. Det legges imidlertid til grunn at ved oppsigelse på bakgrunn av virksomhetens forhold, vil saklighetskriteriet også etter sjømannsloven måtte vurderes spesielt i forhold til tillitsvalgte.

1.1.6 VERNEOMBUD OG ARBEIDSMILJØUTVALG

Arbeidsmiljøloven kap. 6 omhandler verneombud, og kap. 7 omhandler arbeidsmiljøutvalg. Hovedavtalen LO-NHO har i kap. VII bestemmelser om bl.a. verneombud og arbeidsmiljøutvalg. I henhold til Hovedavtalen § 7-1 annet ledd kan verneombudets funksjon utføres av den tillitsvalgte, "[d]ersom partene i en virksomhet med færre enn 10 arbeidstakere blir enige om at det ikke skal være verneombud", jf. aml. § 6-1 (1) annet punktum om unntak fra plikt til å velge verneombud.

⁴ Jf. Jakhell (2006) s. 423

Verneombudenes rolle som arbeidstakernes tillitsvalgte er i hovedsak relatert til arbeidsmiljølovens vernebestemmelser om helse- og sikkerhetsrelaterte problemstillinger, jf. aml. § 6-2. Det samme vil gjelde for arbeidstakere som er medlemmer av arbeidsmiljøutvalg etter bestemmelsene i aml. kap. 7. Når det gjelder arbeidsgivers plikt til informasjon og drøfting med tillitsvalgte er det imidlertid i henhold til juridisk teori ”svært tvilsomt om et verneombud eller et medlem av arbeidsmiljøutvalget [...] kan anses som tillitsvalgt fordi disse er valgt til et langt mer begrenset verv og dermed også har et langt mer begrenset mandat.”⁵

På samme måte som for ”tillitsvalgte” og ”arbeidstakernes representanter” må innholdet i saklighetskravet etter aml. § 15-7 (1) fortolkes spesielt når det gjelder verneombud og medlemmer av arbeidsmiljøutvalg. De spesielle regler om oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgte i Hovedavtalen LO-NHO skal etter § 6-11 siste ledd også gjelde for verneombud samt medlemmer av arbeidsmiljøutvalg, styre- og bedriftsforsamling.

1.1.7 FORSKJELLIGE TARIFFAVTALER

Det finnes en rekke forskjellige hovedavtaler, og Hovedavtalen LO-NHO anses som ”den mest kjente og viktigste”.⁶ Når det gjelder bestemmelser i andre hovedavtaler vil jeg i det følgende kun ta med en kort henvisning til Hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter og LO.

1.2 RETTSKILDENE

1.2.1 LOV OG FORARBEIDER

Lovgivning om rettigheter i arbeidsforhold er tatt inn i arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62, heretter aml. Den historiske bakgrunnen for mange av lovens bestemmelser er arbeidervernloven av 1936 med senere endringer i 1956. Dagens arbeidsmiljølov er langt

⁵ Jf. Jakhell (2006) s. 688

⁶ Jf. NOU 1996:14 s.88

på vei en videreutvikling av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4, med mindre endringer og tillegg. Bestemmelsene om oppsigelse og avskjed i arbeidsforhold i aml. kap. 15 er i all hovedsak en videreføring av de tilsvarende bestemmelsene i aml. (1977). Aml. § 15-14 om suspensjon er imidlertid ny.

De viktigste forarbeidene er Ot.prp. nr.41 (1975-1976) til aml. (1977) og Ot.prp. nr.49 (2004-2005) til aml. (2005).

Innholdet i arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelse og avskjed i §§ 15-7 og 15-14 er i all hovedsak en videreføring av bestemmelsene i den tidligere arbeidsmiljølov av 4. februar 1977 nr. 4 §§ 60 og 66, slik at forarbeider og rettspraksis i forhold til den tidligere lov vil være relevant.

1.2.2 RETTSPRAKSIS

Saker om oppsigelse og avskjed av tillitsvalgte kan fremmes både for de alminnelige domstoler og for arbeidsretten, eventuelt for begge, avhengig av hvilket grunnlag som påberopes og hvem som fremmer saken, jf. om den ”dobbeltsporede” prosessordning nedenfor.

1.2.2.1 DE ALMINNELIGE DOMSTOLER

Det foreligger få relevante eksempler på Høyesterettsavgjørelser som gjelder arbeidstakers stillingsvern på bakgrunn av arbeidsmiljølovens bestemmelser. Derimot finnes det noen avgjørelser fra lagmannsrettene og tingrettene som illustrerer stillingsvernet i arbeidsforhold. Imidlertid er det bare et fåtall som omhandler tillitsvalgtes stillingsvern.

1.2.2.2 ARBEIDSRETEN

Arbeidsretten er en særdomstol som skal behandle tvister på bakgrunn av tariffavtalers gyldighet, forståelse eller beståen, samt krav som bygger på tariffavtaler. På dette området har Arbeidsretten eksklusiv kompetanse, jf. arbeidstvistloven⁷ §§ 7-9. Tvister for

⁷ Lov om arbeidstvister 5. mai 1927 nr. 1

Arbeidsretten kan bare fremmes av arbeidslivets parter, dvs. arbeidgivere og arbeidsgiverorganisasjoner på den ene siden, og arbeidstakerorganisasjoner på den andre siden. Fra Arbeidsrettens praksis foreligger mange relevante dommer om tillitsvalgtes stillingsvern.

1.2.3 EU-DIREKTIVER

På bakgrunn av EØS-avtalen av 1992 med tilleggsavtalen av 1994, er en rekke EF-direktiver på det arbeidsrettslige området gjort til en del av det norske rettssystemet.⁸ Dette gjelder blant annet Rådsdirektiv 98/59/EF om masseoppsigelser og Rådsdirektiv 2001/23/EF om virksomhetsoverdragelser. Disse bestemmelsene kan reise spesielle problemstillinger i forhold til tolkning på bakgrunn av EF-rettens praksis.⁹

1.2.4 INTERNASJONALE RETTSKILDER

I norsk rett gjelder en presumsjonsregel om at norske lovverk er i samsvar med de aktuelle folkerettsforpliktelser. Norsk rett er basert på det dualistiske system, som innebærer at norsk rett og folkerett anses å være to ulike systemer, slik at folkerettslige forpliktelser må inkorporeres eller transformeres for å gjelde som norsk lov.¹⁰ Ved klar motstrid må imidlertid norsk lov legges til grunn ved avgjørelsen i en bestemt sak.

Menneskerettsloven av 21. mai 2005 nr. 30, gir forskjellige konvensjoner virkning som norsk lov. Dette gjelder bl.a. den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, FNs konvensjon om sosiale og politiske rettigheter og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Menneskerettighetsloven har følgelig betydning for bl.a. retten til å organisere seg i arbeidslivet.

⁸ Jf. Jakhell (2006) s. 81

⁹ Jf. Sejersted (2004) s. 241 ff.

¹⁰ Jf. Jakhell (2006) s.82

1.2.4.1 ILO-KONVENSJONER OG REKOMMANDASJONER

ILO¹¹ er FNs særorganisasjon for arbeidslivet som utarbeider konvensjoner og rekommandasjoner i arbeidsrettslige spørsmål.¹² Norge har bl.a. ratifisert ILO-konvensjon nr. 87 om organisasjonsfrihet og nr. 98 om retten til å føre kollektive forhandlinger. Disse konvensjonene innebærer en folkerettslig forpliktelse.

Rekommandasjoner inneholder arbeidsrettslige anbefalinger, og er ikke bindende.

Henvisningen til ILO-rekommandasjon nr. 119 (som nå er avløst av nr. 166 om opphør av arbeidsforhold) i forarbeidene til arbeidsmiljøloven (1977) innebærer imidlertid at reglene må tillegges en viss vekt ved tolkning av norske bestemmelser.¹³

1.2.4.2 DEN EUROPEISKE SOSIALPAKTEN (ESP)

Den reviderte europeiske sosialpakten er med noen unntak ratifisert av Norge, og følgelig folkerettslig forpliktende.¹⁴ Bestemmelsene Norge har ratifisert inneholder sosiale og økonomiske rettigheter som bl.a. bestemmelsene om fagorganisering i art. 5, om arbeidstakernes rett til informasjon og rådspørring i art. 21, om arbeidstakernes rett til vern i saker som gjelder avslutning av ansettelsesforhold i art. 24 og om arbeidstakerrepresentantenes rett til vern i foretaket m.m. i art. 28. Ettersom dette er en folkerettslig forpliktelse, vil blant annet arbeidsmiljølovens stillingsvernbestemmelser måtte fortolkes på denne bakgrunn.

1.2.5 TARIFFAVTALER

Tariffavtalene har stor betydning som kilder på det arbeidsrettslige området.

¹¹ International Labour Organization

¹² Jf. Høstmælingen (2003) s. 57

¹³ Jf. Jakhell (2006) s. 89-90

¹⁴ Jf. Høstmælingen (2003) s. 61-64

1.2.6 JURIDISK LITTERATUR

Den juridiske litteraturens betydning har relevans som rettskildefaktor også på det arbeidsrettslige området, blant annet som systematiserende og analyserende hjelpemiddel for fortolkning og forståelse.

1.3 ARBEIDSRETTSLIGE BEGREPER

1.3.1 ARBEIDSTAKER

Arbeidsmiljøloven definerer i § 1-8 (1) arbeidstaker som enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.

I arbeidstvistloven er arbeider definert som ”enhver som mot vederlag utfører arbeid av hvilken som helst art i en annens tjeneste og som ikke går under lov om offentlige tjenestetvister”, jf. § 1 pkt.1.

Det må foreligge et avtalebasert ansettelsesforhold som går ut på at en person stiller sin arbeidskraft til disposisjon for en arbeidsgiver på bestemte vilkår. For å avklare hvorvidt en gitt person er å anse som arbeidstaker, må en rekke momenter tas med i vurderingen, bl.a. hvem som har ansvaret for arbeidsresultatet, om den aktuelle person kan velge å benytte seg av medhjelpere, tilknytningsforholdet mellom partene, avtale om arbeidssted og arbeidstid samt instruksjons- og styringsrett. Hovedskillet går mellom arbeidstakere og selvstendige oppdragstakere, og må foretas på bakgrunn av en helhetsvurdering i forhold til de aktuelle formål ved avgrensningen.¹⁵

1.3.2 ARBEIDSGIVER

Arbeidsmiljøloven definerer i § 1-8 (2) arbeidsgiver som enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.

¹⁵ Jf. Jakhelln (2006) s. 32-36

Arbeidsgiver er i arbeidstvistloven § 1 pkt. 2 definert som ”enhver, som sysselsetter en eller flere arbeidere”.

Det skal blant annet legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og derved har utøvet arbeidsgiverfunksjoner, det vil si et ”funksjonelt arbeidsgiverbegrep”. Arbeidsgiveransvaret kan etter en konkret vurdering plasseres hos flere dersom det foreligger et særskilt grunnlag for det, for eksempel at andre reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner.¹⁶

1.3.3 STYRINGSRETT

Arbeidsgivers styringsrett er definert som arbeidsgivers rett til å ansette og til å si opp arbeidstakere, til å lede, fordele og kontrollere arbeidet.¹⁷ Denne retten er begrenset av relevante lovbestemmelser, men også av innholdet i tariffavtaler og individuelle arbeidsavtaler. I juridisk teori betegnes styringsretten også som en restkompetanse i forhold til lovbestemmelser, tariffavtaler, arbeidsavtaler og saklighetskrav.¹⁸

1.3.4 LOJALITETSPLIKT

Arbeidstakere har en ulovfestet lojalitetsplikt i sitt ansettelsesforhold, gjerne uttrykt som arbeidstakerens plikt til å avstå fra handlinger eller illojale ytringer som skader arbeidsgivers legitime interesser.¹⁹

1.3.5 OPPSIGELSE

Oppsigelse innebærer avslutning av arbeidsforholdet på avtalte betingelser, og det kan enten være den ansatte selv eller arbeidsgiver som tar initiativet til oppsigelsen. Oppsigelser kan være basert på arbeidsgivers eller virksomhetens forhold, så som omstrukturering, markedstilpasning, effektivisering og lignende. Oppsigelse kan imidlertid også være basert på forhold relatert til den enkelte arbeidstaker.

¹⁶ Jf. Ot. prp. nr. 49 (2004-2005 s. 76 – 77)

¹⁷ Jf. Jakhell (2006) s. 48

¹⁸ Jf. Storeng (2006) s. 36

¹⁹ Jf. Storeng (2006) s. 261

Arbeidsmiljøloven forutsetter at visse formelle krav må oppfylles før en oppsigelse ansees rettmessig. Lovens bestemmelser må suppleres med innholdet i eventuelle relevante tariffavtaler.

1.3.6 AVSKJED

Avskjed er en spesiell metode for umiddelbar avslutning av arbeidsforhold hjemlet i arbeidsmiljøloven § 15-14, og er oftest en dramatisk konsekvens av arbeidstakers brudd på plikter basert på arbeidsavtale og/ eller relevant lovgivning. Dette kan f.eks. dreie seg om kriminell adferd, trakassering eller notorisk upålitelighet. Det vil vanligvis være arbeidsgiver som gir arbeidstaker avskjed. I helt spesielle tilfeller kan det imidlertid være arbeidstaker som krever avskjed.²⁰ Dette kan være basert på manglende lønnsutbetaling, skadelig eller farlig arbeidsmiljø samt andre graverende forhold.

1.3.7 FAGFORENING

Arbeidstvistloven har i § 1 pkt. 3 definert fagforening som ”enhver sammenslutning av arbeidere eller av arbeideres foreninger, når den har det formål å vareta arbeidernes interesser overfor deres arbeidsgivere”. I henhold til denne bestemmelsen kan et minimum av to arbeidere danne en fagforening, og den ene av de to vil kunne fungere som tillitsvalgt for disse. Det stilles ikke krav om organisasjonsstruktur eller konstituerende handlinger.²¹

1.3.8 TARIFFAVTALE

Tariffavtale er i arbeidstvistloven § 1 pkt. 8 definert som ”en avtale mellom en fagforening og arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold.” Arbeidstvistloven § 3 inneholder ytterligere bestemmelser om formkrav og forpliktelser etter tariffavtaler.

Tariffavtaler er tidsbestemte kollektive, skriftlige avtaler som inngås mellom en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverorganisasjon på den ene siden, og en

²⁰ Jf. Jakhell (2006) s. 417

²¹ Jf. Storeng (2006) s. 467

arbeidstakerorganisasjon på den andre siden. Betegnende for en tariffavtale er at dens bestemmelser er generelle, gjelder for et ubestemt antall arbeidstakere og at den er basert på et ufravikelighetsprinsipp, det vil si at hverken arbeidsgivere eller arbeidstakere rettmessig kan avtale avvikende betingelser i avtaleperioden, jf. arbeidstvistloven § 3, tredje ledd. Tariffavtaler bygger på et prinsipp om helhetlig regulering.²²

Hovedavtaler utgjør første del av tariffavtalekomplekset mellom arbeidslivets parter, og betegnes som det organiserte arbeidslivets grunnlov.²³

2 KORT OM ARBEIDSRETTLIGE FORHOLD I SVERIGE OG DANMARK

I likhet med situasjonen i Norge er lovgivning og tariffavtaler de viktigste arbeidsrettslige reguleringsformene i Sverige og Danmark. Det er imidlertid visse forskjeller mellom de tre landene, til tross for at lovgivningsmetodene i hovedsak er sammenlignbare. Uansett reguleringsform har den tillitsvalgte rettigheter og beskyttelse mot usaklig oppsigelse eller avskjed.

2.1 SVERIGE

Sverige har i betydelig grad lovregulert arbeidsrettslige bestemmelser. Som eksempler kan nevnes lag 1974:358 om ”facklig förtroendemans ställning på arbetsplassen”, lag 1976:580 om ”medbestämmande i arbetslivet” og lag 1982:80 om ”anställningsskydd”, som bl.a. regulerer oppsigelser og avskjed.²⁴ I svensk rett behandles saker om oppsigelse og avskjed av Arbetsdomstolen, selv om stillingsvernet er lovbestemt.²⁵

I dommen 53/07 mål nr A 12/06, uttalte Arbetsdomstolen på side 29:

²² Jf. Jakhelln (2006) s. 548 ff.

²³ Jf. Storeng (2006) s. 473

²⁴ Jf. NOU 2004:5 s. 45-46

²⁵ Jf. Fanebust (2001) s. 40

”Det saknas særskilda regler til skydd mot uppsägning eller avskedande av fackliga förtroendemän utöver det allmänna skyddet i medbestämmelseslagen og anställningsskyddslagen mot obefogade uppsägningar och avskedanden. I förarbetena til förtroendemannalagen har det i samband med konstaterandet härav uttalats att det ligger i sakens natur att stränga krav bör ställas på den bevisning som åberopas av arbetsgivaren för uppsägning av en facklig förtroendeman.”

I samme dom på side 37 omtales stillingsvern for tillitsvalgte, og det fremgår at utgangspunktet etter svensk rett er:

”... att en facklig förtroendeman har samme anställningsskydd som andra arbetstagare. Det kan dock, som domstolen uttalat i AD 1978 nr 92, finnas situationer när det är befogat att anlägga ett strängare synsätt än vad som skulle blivit fallet om den förseelse som lagts förtroendemannen till last har begåtts av en arbetstagare utan någon facklig förtroendeställning. Det är exempelvis fallet när förseelsen också innefattar ett missbruk av det fackliga uppdraget. Det gäller också när det är fråga om att vägra efterfölja ett arbetsledningsbeslut. Det sagda innebär inte enbart ett krav til ”förtroendemannen att fullgöra sitt uppdrag inom de gränser som stakas ut av lag och avtal – det torde därutöver i viss mån kunna ställas högre krav på en facklig företrädare jämfört med andra anställda i fråga om ansvarsmedvetenhet och uppträdande.”

I saken gjengitt i Dom nr 53/07 Mål nr A 12/06 fra Arbetsdomstolen om avskjed av ”facklig förtroendeman” hadde vedkommende arbeidstaker blitt suspendert og deretter fått avskjed, etter at han over en periode på flere år hadde utvist ”*allmänt aggressivt upptredande med plötsliga vredesutbrott*”, og i perioden fått flere advarsler. I henhold til Arbetsdomstolens gjennomgang av svensk rett kan avskjed ”*ske endast i flagranta fall. Åtgärden tar sikte på allvarliga förseelser av en anställd. Det skal vara fråga om förfaranden som inte rimeligen skall behövas tålas i något rättsförhållande.*”²⁶ Arbetsdomstolen kom under dissens til at avskjeden var rettmessig.

2.2 DANMARK

Den danske arbeidsrettslige reguleringen er i hovedsak basert på tariffavtaler, også når det gjelder stillingsvern, spesielt på deler av arbeidsmarkedet med høy organisasjonsgrad og ”ansvarlige organisasjoner”. Arbeidsrettslig regulering vedrørende statstjenestemenn og kommunalt ansatte er imidlertid regulert i lov og forskrifter. Funksjonærloven, som gjelder

²⁶ På s. 37

for bl.a. offentlig ansatte som ikke er statstjenestemenn samt ansatte innenfor handel og kontor, har bestemmelser om oppsigelse og avskjed for disse arbeidstakergruppene.²⁷

I henhold til dansk rett skal den tillitsvalgte ha spesiell beskyttelse mot oppsigelse og avskjed. Dette er begrunnet med den tillitsvalgtes spesielle stilling som talsmann og forhandler for sine kolleger, med tilhørende risiko for å komme i konflikt med arbeidsgivers interesser. Den danske Hovedavtalen mellom LO og arbeidsgiverforeningen DA fastslår i § 8 stk. 2 at avskjed av tillitsvalgte begrunnet i andre forhold enn arbeidsmangel, ikke kan gjennomføres før den aktuelle fagorganisasjon har fått anledning til å prøve berettigelsen ved fagrettslig behandling. Det samme vern gjelder også ved forflytning av den tillitsvalgte, jf. HA § 8 stk. 5.²⁸

Dansk Metal Tele Afdeling 12 har i sin særavtale VII inntatt et uvanlig sterkt vern for tillitsvalgte, blant annet slik at ved avskjed på grunn av arbeidsmangel skal den tillitsvalgte normalt være den siste som forflyttes eller avskjediges.²⁹ Den tillitsvalgtes vern gjelder dessuten for en periode på ett år etter at vedkommende trer ut av sitt verv.³⁰

3 TILLITSVALGTES SPESIELLE FORHOLD

3.1 HVEM ER TILLITSVALGTE?

Før implementeringen av EF-direktivene om masseoppsigelser og virksomhetsoverdragelse i 1992³¹ måtte begrepet "tillitsvalgte" i arbeidsmiljøloven oppfattes som "avtaletillitsvalgte" dvs. "representanter for organiserte arbeidstagere på en arbeidsplass eller i en virksomhet, valgt av og blandt de tariffbundne, organiserte arbeidstagerne i

²⁷ Jf. NOU 2004:5 s. 44-45

²⁸ Jf. Hovedavtale mellom LO og DA pkt. 6.3 og 6.6

²⁹ Jf. Særaftale VII pkt. 6.3

³⁰ Jf. Særaftale VII pkt. 6.6

³¹ Jf. Evju (2005) s. 216

henhold til tariffavtalte bestemmelser, typisk i de mange 'hovedavtaler' både i privat og i offentlig sektor.”³²

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven (2005)³³ heter det under ”Tillitsvalgte/ arbeidstakernes representanter - terminologi”:

”Departementet foreslår at gjeldende terminologi i loven med hensyn til uttrykket «tillitsvalgte» som betegnelse for hvem som er arbeidstakernes representanter videreføres. Hvem som skal regnes som tillitsvalgt eller representant for arbeidstakerne bør som nå avgjøres etter en fortolkning av den enkelte bestemmelse. Det avgjørende skal fortsatt være om de arbeidstakere som berøres av de konkrete spørsmål det er tale om, er representert. Departementet presiserer at termen «tillitsvalgt» ikke skal forstås snevert som bare representanter for arbeidstakere som er organisert i tradisjonelle fagforeninger/fagforbund og som er valgt i henhold til en tariffavtale som virksomheten er bundet av. Det kan også være tale om representanter for en fast eller ad-hoc sammenslutning av to eller flere personer uten organisasjonsmessig tilknytning (husforening). Begrepet kan i tillegg omfatte andre valgte representanter for arbeidstakere som ikke er fagforeningsmedlemmer. Dette er i tråd med gjeldende forståelse av arbeidsmiljøloven.”

3.1.1 ”AVTALETILLITSVALGTE”

”Avtaletillitsvalgte” er den største og mest omfattende gruppen, ettersom tariffavtaledekningen i offentlig sektor er fullstendig og tariffavtaledekningen i privat sektor er ca. 60 prosent. ”Avtaletillitsvalgtes” valgprosedyrer, rettigheter og plikter er fastslått i ulike tariffavtaler, i sammenhengen henvises til Hovedavtalen LO-NHO kap. V og VI som vil bli behandlet nærmere nedenfor. ”Avtaletillitsvalgte” er valgt av og representerer egne foreningsmedlemmer.

3.1.2 ANDRE TILLITSVALGTE

I forhold til bestemmelsene om informasjon og drøfting i aml. kap. 8, masseoppsigelser i aml. § 15-2 og virksomhetsoverdragelse i aml. kap. 16, kan begrepet ”tillitsvalgte” også ha et annet innhold enn ”avtaletillitsvalgte”, ettersom bestemmelsene er basert på EF-

³² Jf. Evju (2005) s. 212

³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 121

direktiver.³⁴ Direktivene innebærer at ”statene er forpliktet til å treffe alle tiltak som er nødvendige for å sikre at det pekes ut arbeidstagerrepresentanter med henblikk på slik informasjon og slike drøftelser som direktivene foreskriver.”³⁵ Forpliktelsene etter direktivene medfører at det også i bedrifter som av forskjellige årsaker ikke er bundet av tariffavtale er nødvendig at arbeidstakernes interesser ivaretas av definerte representanter. I henhold til juridisk litteratur er det imidlertid usikkert om det kan kreves at representantene har ”varig forankring og en viss kontinuitet” eller om også ad hoc-oppnevnelser vil oppfylle direktivenes krav.³⁶

3.2 ARBEIDSMILJØLOVENS BESTEMMELSER

Arbeidsmiljøloven - eller andre lover – har ingen definisjon av begrepet tillitsvalgt eller bestemmelser i forhold til valgprosess, valgbarhet eller funksjonstid. Den tillitsvalgte må følgelig identifiseres på bakgrunn av en gjennomgang av lovens bestemmelser der tillitsvalgte forutsettes å ivareta arbeidstakernes interesser overfor arbeidsgiver.

Dette gjelder for eksempel vernebestemmelser som aml. § 3-1 (1) der det heter at arbeidsgiver ”i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte” skal ”sørge for at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid”. I henhold til § 4-2 (1) har ”[a]rbeidstakerne og deres tillitsvalgte” krav på informasjon, opplæring og medvirkning i forhold som angår arbeidet. Aml. § 4-6 (2) om spesiell tilrettelegging av arbeidet bestemmer at berørt arbeidstaker og vedkommendes tillitsvalgte skal tas med på råd før en sak om overføring til annet arbeid avgjøres.

Videre har tillitsvalgte en viktig rolle når det gjelder informasjon og drøfting etter kap. 8. Det fremgår av § 8-1 (1) at i virksomheter av en viss størrelse ”skal arbeidsgiver informere om og drøfte spørsmål av betydning for arbeidstakernes arbeidsforhold med

34 Jf. Evju (2005) s. 213

35 Jf. Evju (2005) s. 220

36 Jf. Evju (2005) s. 221-222

arbeidstakernes tillitsvalgte. Tillitsvalgte kan i slike sammenhenger bli pålagt taushetsplikt, med hjemmel i § 8-3 (1).

Dersom arbeidsgiver ønsker å iverksette kontrolltiltak i virksomheten er forutsetningen at det gjennomføres drøfting med arbeidstakernes tillitsvalgte, jf. § 9-2 (1), og at ordningen evalueres jevnlig, jf. § 9-2 (3).

Kap. 10 om arbeidstid inneholder en rekke bestemmelser der den tillitsvalgtes medvirkning er påkrevet. Noen av bestemmelsene gjelder bare tillitsvalgte i virksomhet som er bundet av tariffavtale, andre har ikke en slik begrensning. Tillitsvalgtes samarbeid er en forutsetning ved utarbeidelse av arbeidsplan, jf. § 10-3 annet punktum, og drøfting av denne etter tredje punktum. Tillitsvalgte kan avtale avvik fra hovedregel om beregning av beredskapsvakt etter § 10-4 (3) annet punktum (krav om tariffavtale) og eventuelt kreve at beregningsmåten fastsettes av Arbeidstilsynet etter § 10-4 (3) tredje punktum. Tillitsvalgte kan inngå avtale om gjennomsnittsberegning etter § 10-5 (2) (krav om tariffavtale) og eventuell drøfting med Arbeidstilsynet etter § 10-5 (3). Nødvendigheten av overtid skal etter § 10-6 (3) drøftes med tillitsvalgte ”dersom det er mulig.” Utvidede overtidsrammer etter § 10-6 (5) og timebegrensning pr døgn etter § 10-6 (9) kan avtales med tillitsvalgt (krav om tariffavtale). Videre har tillitsvalgte etter § 10-7 krav på ”oversikt som viser hvor mye den enkelte arbeidstaker har arbeidet.”

Arbeidsgiver og arbeidstakernes tillitsvalgte kan avtale unntak fra bestemmelsene om daglig og ukentlig arbeidstid”, jf. § 10-8 (3) (krav om tariffavtale). Siste punktum i § 10-8 (3) fastslår imidlertid at slik avtale om unntak også kan inngås i virksomhet som ikke er bundet av tariffavtale, men da med ”arbeidstakernes representanter”. Nødvendighet av søndagsarbeid skal drøftes med tillitsvalgte, jf. § 10-10 (3), og det kan inngås avtale om arbeid på søn- og helgedager, jf. 10-10 (4) (krav om tariffavtale). Nødvendigheten av nattarbeid skal etter § 10-11 drøftes med tillitsvalgte, og skriftlig avtale om nattarbeid kan inngås (krav om tariffavtale). Avtale om unntak fra arbeidstidsbegrensninger for

nattarbeidere i henhold til § 10-11 (5) og (6), kan inngås med tillitsvalgt (krav om tariffavtale).

Ved innleie av arbeidstakere har tillitsvalgte som representerer et flertall av den aktuelle arbeidstakerkategori bestemte rettigheter til drøftinger og forhandlinger, jf. §§ 14-12 og 14-13. Ved lønnstrekk på bakgrunn av erstatningsansvar, jf. § 14-15 (2) bokstav e, skal tillitsvalgte eventuelt delta i drøftingen om grunnlaget og beløpets størrelse, jf. § 14-15 (4). Tillitsvalgte kan inngå avtale om skriftlig arbeidsreglement, jf. § 14-17 (1) (krav om tariffavtale). Se nærmere om dette nedenfor.

Krav til tillitsvalgtes medvirkning når det gjelder opphør av arbeidsforhold fremgår av bestemmelsene i kap. 15, der tillitsvalgte som hovedregel skal drøfte oppsigelsesspørsmål med arbeidsgiver etter bestemmelsene i § 15-1. Ved masseoppsigelser etter § 15-2 (2) skal drøftingene med tillitsvalgte innledes ”så tidlig som mulig [...] med sikte på å komme fram til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte.” Når det gjelder oppsigelsesfrister etter § 15-3 (1) kan avtale på bestemte vilkår inngås mellom arbeidsgiveren og tillitsvalgte (krav om tariffavtale).

Også ved virksomhetsoverdragelse stilles det krav om drøfting med tillitsvalgte, jf. § 16-5 (1) og (3). De tillitsvalgtes rettsstilling og funksjon er beskyttet dersom virksomheten bevarer sin uavhengighet ved virksomhetsoverdragelse, jf. § 16-7 (1), ”unntatt dersom overdragelsen medfører at grunnlaget for arbeidstakernes representasjon opphører.” Tillitsvalgtes vern skal da være basert på ”avtaler som beskytter tillitsvalgte på dette området.”

I henhold til § 18-6 (8) skal tillitsvalgte ”gjøres kjent med pålegg og andre enkeltvedtak som Arbeidstilsynet treffer.”

Som eksempler på at arbeidsmiljøloven skiller mellom arbeidstakeres representanter i virksomheter med og uten tariffavtale kan vises til aml. § 10-8 (3) første punktum, der det

fremgår at den tillitsvalgte i virksomheter som er bundet av tariffavtale kan inngå en generell avtale med arbeidsgiver om unntak fra bestemmelsene om daglig og ukentlig fritid på bestemte vilkår. Arbeidsgivernes representant i virksomhet som ikke er bundet av tariffavtale, kan imidlertid bare inngå slik avtale ”når dette er nødvendig for å unngå alvorlige driftsforstyrrelser”, jf. siste punktum.

Også i aml. § 14-17 som gjelder for virksomheter av en viss art og størrelse, jf. § 14-16, skilles det mellom arbeidstakernes representanter i virksomheter med og uten tariffavtale. Bestemmelsen i § 14-17 (2), fjerde punktum, innebærer at en tillitsvalgt i virksomhet som ikke er bundet av tariffavtale ikke alene kan representere arbeidstakerne.

Hovedregelen etter § 14-17 (1) er at arbeidsgiver og arbeidstakernes tillitsvalgte kan fastsette arbeidsreglement ved skriftlig avtale i tariffbundne virksomheter, alternativt etter annet ledd at arbeidsgiver utarbeider et utkast til arbeidsreglement, og deretter forhandler med representanter for arbeidstakerne når det gjelder reglementets bestemmelser.

Det spesielle er imidlertid at § 14-17 (2) skiller mellom arbeidstakernes representanter i forhold til om virksomheten er tariffbundet eller ikke. Dersom virksomheten er bundet av tariffavtale, skal arbeidsgiveren forhandle med arbeidstakernes tillitsvalgte, jf. § 14-17 (2), tredje punktum. Alternativet etter § 14-17 (2), fjerde punktum gjelder for virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale, og bestemmer at arbeidsgiver i et slikt tilfelle skal forhandle med fem representanter, valgt av arbeidstakerne.

Denne bestemmelsen er basert på § 70 annet ledd, fjerde punktum i den tidligere arbeidsmiljøloven (1977), og det fremgår av forarbeidene til denne³⁷ at dette var en videreføring av bestemmelsene i den tidligere arbeidervernloven uten tilsiktede realitetsendringer.

37 Jf. Ot.prp..nr.41 (1975-1976) s. 81

På bakgrunn av arbeidsmiljølovens bestemmelser fremgår det følgelig at det er en viss forskjell mellom avtaletillitsvalgte og andre tillitsvalgte når det gjelder adgangen til å inngå avtaler med arbeidsgiver.

3.3 EU-DIREKTIVER

EU-direktiver stiller krav til arbeidstakernes representasjon, bl.a. direktivene 98/59/EF om masseoppsigelser, 2001/23/EF om virksomhetsoverdragelser og 2002/14/EF (arbeidstakerdirektivet). I direktiv 98/59/EF art. 1 bokstav b, er ”arbeidstakernes representanter” definert som ”representanter for arbeidstakerne i samsvar med medlemsstatenes lovgivning eller praksis.” På bakgrunn av disse bestemmelsene må det etableres ordninger som kan sikre at arbeidstakere er representert i forhold til de formål og oppgaver det aktuelle direktiv gjelder.

I forhold til arbeidsmiljølovens bestemmelser om informasjon og drøfting i kap. 8, masseoppsigelser i § 15-2 og virksomhetsoverdragelse i kap. 16 må direktivenes krav om arbeidstakernes representasjon legges til grunn. På bakgrunn av EF-rettens fortolkning av direktivkravene, innebærer dette at arbeidstakerne skal være sikret tilstrekkelig og tilfredsstillende representasjon, jf. EF-domstolens avgjørelse i sakene C-382/92 om virksomhetsoverdragelsesdirektivet og C-383-92 mot UK.³⁸ I sak C-382/92 uttalte EF-domstolen at medlemsstatene er: ”... required to take all appropriate measures to ensure that employee representatives are designated with a view to the provision of information and consultations ...”³⁹ I sak C-383/92 uttalte EF-domstolen at medlemsstatene er forpliktet til å treffe alle nødvendige virkemidler for at det skal utpekes arbeidstakerrepresentanter for å oppfylle de fastsatte forpliktelsene i artikkel 2 og 3 i EF-direktiv 98/59/EF om masseoppsigelser.⁴⁰

38 Jf. Jakh., Aune (2006) s. 797

39 Jf. Premiss 28

40 Jf. Evju (2005) s. 220

Det er følgelig nødvendig å fortolke arbeidsmiljølovens krav til arbeidstakernes representanter/ tillitsvalgte på denne bakgrunn. Hvem som er tillitsvalgte må avgjøres konkret ”etter en fortolkning av den enkelte bestemmelse.”⁴¹

3.4 TARIFFAVTALER

I arbeidslivet har arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden gjennom langvarig praksis etablert et vel fungerende system som ivaretar samfunnets og partenes behov for stabilitet og forutberegnelighet. Denne ordningen stiller store krav til aktørenes aksept og respekt for hverandres utfordringer og krav. De tariffavtalte bestemmelsene kommer i tillegg til arbeidsmiljølovens stillingsvern, og bidrar til større forutsigbarhet i saker om tillitsvalgtes rettigheter.

I virksomheter som er bundet av tariffavtaler vil den tillitsvalgtes rolle være definert, slik at arbeidsrettslige problemstillinger i forholdet mellom arbeidstakere og arbeidsgivere skal ivaretas i ryddige former, basert på forhåndsavtalte prosedyrer og virkemidler. Det forutsettes at en tillitsvalgt, som representant for en eller flere arbeidstakere kan være nødt til å fremme vanskelige problemstillinger som ikke nødvendigvis, direkte eller indirekte, angår vedkommendes personlige interesser. For at den tillitsvalgte skal kunne fungere i en rolle som arbeidstakernes representant, er det følgelig nødvendig og rimelig at vedkommende nyter godt av et visst avtalefestet vern. Ettersom dette er avtaler basert på den generelle rettighet og frihet til å binde seg ved avtale, vil slike avtaler måtte fortolkes på bakgrunn av alminnelige avtalerettslige prinsipper samt tariffrettslige prinsipper utviklet av Arbeidsretten.⁴² Ved fortolkning av tariffavtalenes bestemmelser vil det som utgangspunkt måtte legges vekt på partenes felles forståelse, ”selv om denne er i strid med en naturlig forståelse av ordlyden i avtalen.”⁴³ Dersom det i ettertid imidlertid ikke viser

41 Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 121

42 Jf. Fougner (2008) s. 36-37

43 Jf. Fougner (2008) s.192

seg å være en felles forståelse mellom partene vedrørende tolkning av bestemmelsene, vil utgangspunktet være alminnelig språklig forståelse av teksten i avtalen.⁴⁴

3.4.1 HOVEDAVTALEN LO-NHO

Tillitsvalgtes rolle som arbeidstakernes representanter i Hovedavtalen omhandler deltakelse i forhandlinger og drøftinger, samt ved informasjonsutveksling. Etter Hovedavtalen § 2-3 første ledd skal "[t]vist mellom bedrift og arbeidstakere ... søkes løst ved forhandling mellom bedrift og tillitsvalgte." Hovedavtalen § 3-14 pkt. 2 stiller krav til varsling av "aktuelle tillitsvalgte" ved politiske demonstrasjonsaksjoner. Etter § 8-2 har bedriften plikt til å konferere med tillitsvalgte før det gis varsel om permittering, og ved langvarig permittering skal det foregå jevnlig drøfting med tillitsvalgte, jf. § 8-4 pkt. 3.

Hovedavtalen inneholder i kap.V bestemmelser om tillitsvalgte, antall og valg. Kap. VI har bestemmelser om arbeidsgivers og tillitsvalgtes rettigheter og plikter, herunder § 6-11 om oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgte.

I henhold til den generelle målsettingen i § 9-1 første ledd er partene "enige om nødvendigheten av et godt og tillitsfullt forhold mellom arbeidstakerne, deres tillitsvalgte og bedriften ..." Etter paragrafens tredje ledd må forholdene "legges til rette slik at de enkelte medarbeidere, eventuelt gjennom deres tillitsvalgte, kan få reell innflytelse på bedriftens alminnelige arbeid med bl.a. å øke effektiviteten, nedsette produksjonsomkostningene, bedre bedriftens konkurranseevne, utnytte ny teknologi og lette nødvendig omstilling." Fjerde ledd fastslår "en felles plikt for bedriftens ledelse, de ansatte og deres tillitsvalgte, å ta initiativ til og aktivt støtte opp om og medvirke til samarbeid." Hovedavtalen § 9-2 tredje ledd annet punktum bestemmer at "[d]e tillitsvalgte skal sikres reell innflytelse på "... sammensetning og mandat" av arbeids- prosjekt- og styringsgrupper innen bedriften. En rekke forhold knyttet til bedriftens ordinære drift skal etter § 9-3 drøftes jevnlig med de tillitsvalgte. I henhold til § 9-4 gjelder drøftingsplikt med tillitsvalgte også for planer vedrørende omlegging av driften. Når det gjelder planer om

⁴⁴ Jf. Fougner (2008) s.186 ff.

endring av selskapsrettslige forhold, inkludert nedlegging av bedriften, bestemmer § 9-5 at bedriftens ledelse så tidlig som mulig skal drøfte dette med de tillitsvalgte. På bakgrunn av bestemmelsene i § 9-6 pkt. 2 har tillitsvalgte krav på informasjon om og konsekvenser av forhold omtalt i §§ 9-4 og 9-5.

Bedriften har ”plikt til å la tillitsvalgte fremme synspunkter før beslutning tas”, jf. § 9-6 pkt. 1, første ledd, og skal ”grunngi sitt syn” dersom det ikke kan tas ”hensyn til de tillitsvalgtes anførsler”, jf. § 9-6 pkt. 1 annet ledd. De tillitsvalgte har krav på innsyn i bedriftens regnskaper, jf. § 9-7 første ledd, og skal i henhold til tredje ledd ”gis innsyn i [relevante] forhold som vedrører bedriftens økonomiske situasjon ...” § 9-7 fjerde ledd gir tillitsvalgte krav på innsyn ved innføring av lønssystemer. Bedriftens årsoppgjør ”skal forelegges de tillitsvalgte straks det er fastsatt”, jf. § 9-7 annet ledd. De tillitsvalgte har etter § 9-8 adgang til å benytte seg av eksterne rådgivere. § 9-11 har bestemmelser om virkning av manglende informasjon.

Hvis bedriften ved oppsigelser på grunn av innskrenkning/ omlegging fraviker ansienniteten, ”og de tillitsvalgte er av den oppfatning at dette ikke er saklig begrunnet” kan det kreves forhandlinger, jf. § 9-12 annet ledd. På bakgrunn av bestemmelsen i § 9-14 skal tillitsvalgte ”på forhånd og så tidlig som mulig orienteres om forhold som bedriften ønsker å informere arbeidsstokken om”. De tillitsvalgte skal etter § 9-15 første ledd orienteres om nyansettelser, delta ved introduksjonsmøter etter annet ledd, og har etter forespørsel krav på kvartalsvis liste over ansatte, jf. tredje ledd. Ved eierskifte i aksjeselskap skal tillitsvalgte informeres på bakgrunn av bestemmelsene i § 9-16. Strukturendringer som ”kan få vesentlig betydning for sysselsettingen i flere bedrifter innen samme konsern” skal drøftes med tillitsvalgte, jf. § 9-17 første ledd. Det samme gjelder etter annet ledd for spørsmål vedrørende ”konsernets økonomiske og produksjonsmessige stilling og utvikling.” Som hovedregel skal det i bedrift som eies av selskap holdes kontaktmøte mellom styret og de tillitsvalgte etter ønske, jf. § 9-18. § 9-19 inneholder bestemmelser om brudd på reglene om informasjon og drøfting, bl.a. om behandling av grove brudd på de tillitsvalgtes lojalitetsplikt.

I henhold til § 10-1 skal det opptas drøfting mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte dersom arbeidstaker nekter å arbeide sammen med eller under ledelse av personer på bakgrunn av deres utilbørlige opptreden. Den tillitsvalgte skal etter § 10-2 delta i drøftinger i forbindelse med oppsigelse eller avskjed ”med mindre arbeidstakeren ikke ønsker det”. Når det gjelder oppsigelse i forbindelse med innskrenkning skal dette ”under enhver omstendighet drøftes med de tillitsvalgte...” § 10-3 har en bestemmelse om tillitsvalgtes adgang til medvirkning når det gjelder tiltak for yrkeshemmede, og § 10-4 fastslår arbeidsgivers plikt til å konferere med tillitsvalgte når det gjelder oppsagte arbeidstakers fortrinnsrett til ny stilling. Arbeidsgiver skal konferere med de tillitsvalgte dersom dette er ønsket av arbeidstaker som er avskjediget i spørsmål om sluttattest etter § 10-7 annet ledd. Tillitsvalgte kan kreve at arbeidsgiver trekker fagforeningskontingent og evt. forsikringspremie av medlemmenes lønn, jf. § 11-3 første ledd.

Samarbeidsavtalen i Hovedavtalen Del B har tilleggsbestemmelser om bedriftsutvalg, avdelingsutvalg, konserntillitsvalgte, kompetanseutvikling m.m.

3.5 AML. OG TARIFFAVTALE – NOEN FORSKJELLER OG LIKHETER

Det fremgår av ovenstående at tillitsvalgte på bakgrunn av Hovedavtalens bestemmelser skal spille en meget viktig rolle som kontaktpunkt mellom ledelse og ansatte når det gjelder forhold av stor betydning for begge parter. Den tillitsvalgtes arbeidsforhold, -vilkår og ansvar er relativt godt ivaretatt på bakgrunn av Hovedavtalens bestemmelser.

Sammenholdt med bestemmelsene i arbeidsmiljøloven er Hovedavtalens bestemmelser mer konkretiserte og detaljerte. Hovedavtalens bestemmelser om tillitsvalgtes medvirkning kan sammenlignes med bestemmelsene i aml. kap. 8, som også gir hjemmel for informasjon om og drøfting av ”spørsmål av betydning for arbeidstakernes arbeidsforhold med arbeidstakernes tillitsvalgte. Når det gjelder drøftinger ved oppsigelse og avskjed, er det

klare likheter mellom aml. § 15-1 og Hovedavtalen § 10-2, likevel slik at ved oppsigelser på grunn av innskrenkning er tillitsvalgtes medvirkning påkrevet etter Hovedavtalen.

3.5.1 BESTEMMELSER OM VALG

En stor forskjell mellom bestemmelser om tillitsvalgte i aml. kontra bestemmelsene i Hovedavtalen, er reglene om valg og tjenestetid m.m. i kap V. Arbeidsmiljøloven har ingen tilsvarende bestemmelser.

I henhold til Hovedavtalen § 5-1 kan såvel de ansatte som bedriften kreve at det skal velges tillitsvalgte for de organiserte arbeidstakerne. § 5-2 har bestemmelser om antall tillitsvalgte. På bakgrunn av bestemmelsen i § 5-9 skal tillitsvalgte velges ”blant anerkjent dyktige arbeidstakere med erfaring og innsikt i bedriftens forhold.” Så vidt mulig skal tillitsvalgte ha ”arbeidet i bedriften eller i selskapet som helhet de to siste år.” Dette synliggjør partenes forutsetninger om at den tillitsvalgtes rolle både skal sikre de ansatte en adekvat representasjon og ivareta virksomhetens krav til vedkommende representants kunnskap, kompetanse og innsikt. Valgperioden er fastsatt i § 5-10.

Valget ”skal gi uttrykk for viljen hos flertallet av de organiserte” og bedriften skal ikke godkjenne valgresultatet.⁴⁵ Dette skal etter § 5-11 bare meddeles skriftlig. I henhold til paragrafens annet ledd kan imidlertid ikke en arbeidstaker kreves anerkjent som tillitsvalgt før slik melding er gitt. I den forbindelse kan vises til saken referert i ARD 1976 s.57 som omhandlet oppsigelse av tillitsvalgt på bakgrunn av vedkommendes personlige forhold. Arbeidsgiver anerkjente ikke vedkommende arbeidstaker som tillitsvalgt, blant annet på bakgrunn av manglende skriftlig meddelelse om valget etter Hovedavtalens bestemmelser. I saken fikk arbeidsgiver medhold, og Arbeidsretten uttalte bl.a. på bakgrunn av bestemmelsene i Hovedavtalen at: ” ... denne må forstås derhen at skriftlig melding til vedkommende bedrift om valg av tillitsmann er et ufravikelig vilkår for at angjeldende arbeidstaker omfattes av oppsigelsesvernet i hovedavtalen.” I ettertid ble det avtalt mellom

⁴⁵ Jf. Kommentarer s. 131

Hovedavtalens parter at dersom en arbeidstaker i realiteten har vært anerkjent som tillitsvalgt, skal vedkommende omfattes av det spesielle oppsigelsesvern etter Hovedavtalen § 6-11.⁴⁶

Valget av tillitsvalgt er i utgangspunktet forpliktende på bakgrunn av tariffavtalte bestemmelser om valgperioden, jf. Hovedavtalen § 5-10. Dersom arbeidstakerne ønsker å bytte ut sin tillitsvalgte i løpet av en valgperiode, må dette eventuelt tas opp mellom avtalens parter. Hovedavtalen gir imidlertid ingen anvisning på hvordan dette kan skje. Den tillitsvalgte kan ikke uten videre fratre sitt verv ettersom vedkommende er bundet av den tariffavtalte valgperioden, jf. tariffavtalens ufravikelighetsprinsipp.

Hovedavtalens kap. VI inneholder bestemmelser om bl.a. tillitsvalgtes rettigheter og plikter, og tillitsvalgtes ”spesielle stilling ved innskrenkninger, omorganiseringer og permitteringer” understrekes i § 6-1 tredje ledd. De ulike bestemmelsene i kap. VI detaljerer i stor grad de tillitsvalgtes arbeidsforhold i § 6-6 og i § 6-7 om møter i arbeidstiden, § 6-8 om godtgjørelse, § 6-9 om tjenestefri og § 6-12 om adgang til bedrift. Dette er en type bestemmelser som ikke finnes i arbeidsmiljøloven.

Arbeidsmiljøloven har ingen bestemmelser om arbeidsgivers anledning til å kreve den tillitsvalgtes fratreden. Dersom en arbeidsgiver ønsker å avslutte en tillitsvalgts arbeidsforhold må dette følgelig skje på bakgrunn av bestemmelsene om oppsigelse, avskjed eller suspensjon i kap. 15.

Når det gjelder virksomhet som er bundet av tariffavtale gir bestemmelsene i Hovedavtalen § 6-10 hjemmel for krav om tillitsvalgtes fratreden på bakgrunn av ”grovt brudd på sine plikter etter Hovedavtalen.” Slike krav kan bare fremmes av hovedorganisasjonen på arbeidsgiversiden overfor hovedorganisasjonen på arbeidstakersiden. Hovedavtalen § 6-10 tredje ledd spesifiserer at det ”betraktes som grovt brudd på Hovedavtalen å tilskynde eller

⁴⁶ Jf. Mork (2007) s. 54

medvirke til ulovlig konflikt.” Konsekvensen, dersom kravet tas til følge, er at arbeidstakerne har ”plikt til straks å velge ny tillitsvalgt” og den tillitsvalgte ”som må fratre kan ikke velges eller utpekes før det er gått 2 år”, jf. femte ledd. Eventuelle tvister dersom partene ikke blir enige skal etter fjerde ledd avgjøres av Arbeidsretten.

Tillitsvalgtes fratreden på bakgrunn av bestemmelsene i § 6-10 skal imidlertid ikke ha ytterligere konsekvenser for vedkommendes arbeidsforhold.⁴⁷ Dette er et eksempel på et klart skille mellom pliktbrudd som tillitsvalgt og forholdet som arbeidstaker.

Et eksempel på Arbeidsrettens behandling av arbeidsgivers krav om tillitsvalgtes fratreden er referert i ARD 1991 s. 81, der NHO krevde at fire tillitsvalgte skulle fratre sine verv på grunn av påstått grovt brudd på sine plikter etter Hovedavtalen i forbindelse med arbeidskamp. Etter en konkret vurdering av de enkelte tillitsvalgtes forhold, avgjorde Arbeidsretten, delvis under dissens, at bare i forhold til den ene av de fire kunne pliktbruddet karakteriseres som grovt. Vedkommende hadde ”ikke bare hadde unnlatt å opptre aktivt for å få [den tariffstridige og ulovlige] streiken avsluttet, men selv solidarisert seg med og aktivt medvirket i streiken og de konkrete aksjoner ...”

Bestemmelsene om oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgte i Hovedavtalen, sammenlignet med arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern vil bli behandlet nedenfor.

4 ARBEIDSRETTLIGE TVISTER OG PROSESSUELLE RETTIGHETER

Arbeidsrettslige tvister omfattes av det såkalte ”dobbeltporede” prosessuelle system, der tvister på bakgrunn av individuelle arbeidsavtaler føres for de alminnelige domstolene, men med enkelte særbestemmelser, jf. aml. kap 17. Konsekvensen av dette systemet er at

⁴⁷ Kommentarene s. 137

samme saksforhold kan bringes inn for de ordinære domstolene av arbeidstaker, samt bringes inn for Arbeidsretten av vedkommendes fagforening.

Prosessrettighetene er bl.a. omtalt i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse, referert i Rt. 1987 s. 98:

”Utvalget finner det imidlertid nødvendig å tilføye at en sak for Arbeidsretten i henhold til Hovedavtalen § 6-11 etter utvalgets oppfatning ikke kan føre til at den tillitsvalgte taper sin adgang til å angripe en avskjed eller oppsigelse for domstolene i eget navn. En arbeidstaker som blir avskjediget eller oppsagt, vil etter arbeidsmiljøloven §§ 61-66 kunne bringe avskjeden eller oppsigelsen inn for herreds- eller byrett. Hovedavtalen § 6-11 tar åpenbart sikte på - i fagorganisasjonens interesse - å etablere et særskilt vern for tillitsvalgte. Det ville være lite akseptabelt om det forhold at Hovedavtalen gir fagorganisasjonen adgang til å bringe søksmål om avskjed eller oppsigelse av en tillitsvalgt inn for Arbeidsretten, skulle medføre at den tillitsvalgte derved tapte sin adgang til for egen del å bringe forholdet inn for herreds- eller byrett. Dette gjelder ikke minst fordi det - iallfall innen rammen av de lovregler vi har om dette i arbeidstvistloven - ikke er adgang til å få overprøvd Arbeidsrettens avgjørelse gjennom anke. At den tillitsvalgte har vært innforstått med at fagorganisasjonen reiste søksmål for Arbeidsretten, kan vanskelig medføre at han har avskåret seg fra vanlig domstolsprøving. Et slikt ”dobbeltsporet” system, hvor både fagorganisasjonen og den tillitsvalgte uavhengig av hverandre kan reise sak om avskjed eller oppsigelse, og hvor sakene behandles for forskjellige domstoler, er egnet til å reise betydelige praktiske problemer, som synes å være lite gjennomtenkt. På bakgrunn av de sterke hensyn som taler mot å avskjære den tillitsvalgte fra å reise sak i eget navn etter de regler og med den ankeadgang som gjelder for andre arbeidstakere, kan imidlertid utvalget ikke se at disse praktiske problemer er til å komme utenom.”

Tillitsvalgtes prosessuelle rettigheter i arbeidsforhold vil følgelig for det første avhenge av om vedkommende er fagorganisert og ansatt i en virksomhet som er bundet av tariffavtale. For det andre vil det være avgjørende om det aktuelle tvistespørsmålet er basert på vedkommendes individuelle arbeidsavtale eller basert på tariffavtalte rettigheter.

En stor forskjell på de ulike ”sporvalg” er adgang til anke over domsresultatet. Ved de alminnelige domstoler kan et tvistemål i siste instans fremmes for Høyesterett. Arbeidsrettens dommer og kjennelser er som hovedregel endelige, jf. arbtvl. § 26 fjerde ledd.

4.1 BASERT PÅ ARBEIDSMILJØLOVENS BESTEMMELSER

De alminnelige bestemmelser om tvister på bakgrunn av arbeidsmiljølovens bestemmelser er tatt inn i aml. kap. 17. Søksmål om oppsigelse eller avskjed skal fremmes for de ordinære domstoler og behandles etter tvistelovens bestemmelser, men med enkelte særbestemmelser, blant annet gjelder dette reglene om særskilt arbeidslivskyndige meddommere i §§ 17-6 og 17-7. Formålet med å benytte særskilt arbeidslivskyndige meddommere skal etter uttalelser i forarbeidene være deres særlige kunnskap og praktiske erfaring fra arbeidslivet.⁴⁸

Når det gjelder domstolenes prøvingsrett i forbindelse med stillingsvernsaker uttalte førstevoterende i saken gjengitt i Rt. 1984 s. 1058:

”Domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren. Når det gjelder det sistnevnte moment, finner jeg grunn til å vise til Ot. prp. nr. 41 (1975-76), side 72, hvor det påpekes at rimelighetssynspunkter i forhold til den oppsagte etter hvert er kommet sterkere inn i bildet. Det kan nok reises spørsmål om hvilken vekt en domstol bør legge på arbeidsgiverens vurdering av bedriftens behov for oppsigelse og arbeidstakerens kvalifikasjoner. Men dette er etter min mening mer et spørsmål om domstolenes praktiske muligheter for å prøve skjønnet enn et spørsmål om begrensning i selve prøvingsretten.”

I henhold til juridisk litteratur vil domstolene i begrenset grad overprøve skjønnsmessige vurderinger av økonomisk, merkantil og teknisk art.⁴⁹

Det avgjørende kriterium som kan skille mellom stillingsvernsaker for arbeidstakere generelt og for arbeidstakere som også er tillitsvalgte, vil være saklighetsinnholdet i begrunnelsen for oppsigelsen. Dersom det fremkommer at oppsigelsen av en tillitsvalgt kan være begrunnet med den tillitsvalgtes rolle som sådan, ”basert på deres stilling eller

⁴⁸ Jf. Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 276

⁴⁹ Jf. Jakhelln (2006) s. 385

virksomhet som arbeidstakernes representanter i foretaket”⁵⁰ kan dette etter omstendighetene gi grunnlag for ugyldighet.

4.2 BASERT PÅ TARIFFAVTALTE BESTEMMELSER

I saken referert i ARD 2001 s.357 uttalte Arbeidsretten:

”Prosessordningen for søksmål i anledning en tariffavtale etter arbeidstvistlovens system bygger på et utgangspunkt om at et fagforeningsmedlem får sine tariffavtaleforankrede rettigheter varetatt gjennom sin fagforening. Dette grunnleggende prinsipp er kommet til uttrykk i arbeidstvistlovens § 8 første ledd, som hjemler den dominerende hovedregelen om at det ved søksmål for Arbeidsretten kun er de overordnede tariffparter som har aktiv og passiv søksmålskompetanse. Denne prosessordningen innebærer blant annet at selv de medlemmer hvis rettigheter og plikter blir direkte berørt av utfallet av tariffavtaletvisten, i alminnelighet ikke vil ha aktiv eller passiv søksmålskompetanse, og således heller ikke vil ha krav på - eller adgang til å få - status som part i saker for Arbeidsretten. Ett av unntakene er, som retten kommer inn på nedenfor, bestemmelsen i § 8 tredje ledd, som regulerer tilfeller hvor påstanden er rettet mot et navngitt medlem. Videre bør det for sammenhengens skyld nevnes at et tariffbundet fagforeningsmedlem uhindret av § 8 første ledd kan gå til søksmål for de alminnelige domstoler og fremme krav som bygger på den individuelle arbeidsavtalen slik den er utfylt av tariffavtalens bestemmelser.”

Saker som fremmes for Arbeidsretten må være tariffavtalerettslig begrunnet, og dette vurderes normalt på basis av partenes pretensjoner i den aktuelle sak.⁵¹ I juridisk teori er det vanlig å legge til grunn at partenes pretensjoner skal ha større betydning i arbeidsrettssaker enn det som kan utledes av alminnelige sivilprosessuelle prinsipper.⁵²

I saken referert i ARD 1991 s.16 bemerket imidlertid Arbeidsretten følgende:

”Når det er spørsmål om en sak faller inn under rettens kompetanse, kan retten ikke nøye seg med å bygge på saksøkerens pretensjoner. Det gjelder også der domskravet er konkret formet bare som et krav som påberopes å bygge på et rettsgrunnlag som hører under rettens domsmyndighet. Spørsmålet om det foreligger et slikt krav, må avgjøres som et ledd i den prosessuelle prøvelse av om saken kan fremmes [...] Dersom

⁵⁰ Jf. ESP art. 28 a.

⁵¹ Jf. Fougner (2008) s. 427 ff.

⁵² Fougner (8.utg.2003) s. 660

pretensjonen om det rettslige grunnlag ikke er holdbar må domskravet avvises. Også dette er klart lagt til grunn i rettspraksis.”

Det generelle standpunktet i juridisk teori referert ovenfor kan altså ikke forstås slik at Arbeidsretten er forhindret fra å gjennomføre en prøving av realitetene bak partenes pretensjoner.

Arbeidsretten har i forskjellige saker kommet med uttalelser om domstolens kompetanse, bl.a. i ARD 1988 s. 240, der det heter:

”Arbeidsretten har en begrenset kompetanse til å behandle krav som bygger direkte på visse - men ikke alle - lovbestemmelser i arbeidstvistlovgivningen selv. Annen lovgivning hører det under Arbeidsretten å ta stilling til så langt den gjøres gjeldende som grunnlag for å avgjøre eksistensen eller innholdet av krav som bygger på en tariffavtale, eller gjelder tariffavtalen som sådan. Men forøvrig er Arbeidsrettens kompetanse etter arbeidstvistlovens § 7 nr. 2, jfr. § 6 nr. 1, begrenset til å omfatte krav som bygger på eller gjelder en tariffavtale. Det er således sikker rett at Arbeidsretten ellers ikke kan ta stilling til krav som bygger direkte på lov, selv om kravet står i forbindelse med tariffrettslige spørsmål som retten behandler.”

5 OPPSIGELSE AV TILLITSVALGTE

5.1 KRAV TIL DRØFTING

5.1.1 ARBEIDSMILJØLOVEN

Før arbeidsgiver fatter beslutning om oppsigelse, og uansett oppsigelsesgrunnlag, fastsetter aml. § 15-1 krav til drøfting ”så langt det er praktisk mulig” med berørt arbeidstaker og med arbeidstakers tillitsvalgte, med mindre arbeidstaker selv ikke ønsker det.

5.1.2 JURIDISK TEORI

Formålet med drøftingsmøtet skal være å sikre at saklighetskravet i § 15-7 (1) er tilfredsstillende ivaretatt, og derved i størst mulig grad unngå uriktige avgjørelser. Det er et viktig poeng at drøfting skal finne sted før beslutning om oppsigelse fattes. Drøftingsmøtet

skal følgelig avklare partenes stilling i forhold til det aktuelle oppsigelsesspørsmålet, inkludert en gjennomgang av alternative løsninger.⁵³ Drøftingsplikten er til en viss grad relativ, slik at oppsigelser på bakgrunn av virksomhetens forhold i enkelte sammenhenger kan anses å være en ordensregel eller en ”saksbehandlingsregel”.⁵⁴ Det avgjørende vil være om unnlatt drøfting kan ha hatt betydning for den aktuelle oppsigelse.⁵⁵

Dersom den tillitsvalgte selv, i egenskap av arbeidstaker, er innkalt til drøftinger i forhold til mulig oppsigelse, kan dette foranledige spesielle problemstillinger. Dersom vedkommende for eksempel er uorganisert, må en ekstern rådgiver på bakgrunn av den tillitsvalgtes valg kunne godtas av arbeidsgiver.⁵⁶

5.1.3 TARIFFAVTALE

Hovedavtalen § 6-11 femte ledd bestemmer at det skal gjennomføres drøftinger med arbeidsutvalget før oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgte foretas, hvis ikke den tillitsvalgte motsetter seg dette ”eller det vil virke krenkende overfor andre”.

Arbeidsutvalget består av leder, nestleder og sekretær valgt blant de tillitsvalgte, og har ansvaret for ledelsen av de tillitsvalgtes arbeid, jf. Hovedavtalen § 5-4.

For det første indikerer dette at bestemmelsen er basert på forholdene i større virksomheter, ettersom forutsetningen synes å være at det er minst tre tillitsvalgte i virksomheten. Med referanse til Hovedavtalen § 5-2 vil dette omfatte bedrift med mer enn 26 arbeidstakere, med mindre annet er spesielt avtalt.

Formålet med bestemmelsen om at en oppsigelses- eller avskjedssak etter § 6-11 femte ledd skal bringes inn for arbeidsutvalget synes å være etablering av en formalisert prosedyre for også å bringe andre arbeidstakerrepresentanter inn i saken på et tidlig stadium. I henhold til kommentarene ”bør en slik forhåndskonferanse avklare alle faktiske

⁵³ Jf. Jakhell, Aune (2006) s.782

⁵⁴ Jf. Jakhell, Aune: (2006) s.785

⁵⁵ Jf. Jakhell (2006) s.419

⁵⁶ Jf. Jakhell, Aune (2006) s. 786

forhold for å sikre at bedriftens beslutning er skjedd etter en forsvarlig saksbehandling og på riktig faktisk grunnlag.”⁵⁷ Dette indikerer at forsvarlig saksbehandling etter Hovedavtalens bestemmelser er basert på at arbeidstakernes representanter i størst mulig grad involveres, noe som følgelig bør tilsi at i en virksomhet med f.eks. bare to tillitsvalgte bør saken drøftes også med den andre tillitsvalgte, eventuelt bringes inn for et høyere organisasjonsnivå. Til sammenligning kan henvises til prosedyren i hovedavtalen mellom LO og Arbeidsgiverorganisasjonen Spekter § 54 femte ledd : ”Før oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgt foretas, skal spørsmålet drøftes med vedkommende forbund/ forening, hvis ikke vedkommende motsetter seg det.”

Hovedavtalen § 6-11 må ses i sammenheng med den tilsvarende bestemmelsen i aml. § 15-1. Hovedavtalen § 6-11 femte ledd sier etter sin ordlyd at drøftingsmøtet skal avholdes ”før oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgt foretas.” Det er noe uklart om dette er en tilsiktet forskjell, og om ordvalget eventuelt skal indikere at dette drøftingsmøtet kommer etter at drøftingsmøtet på bakgrunn av aml. § 15-1 er gjennomført, på et tidspunkt der det allerede er fattet et konkret vedtak om oppsigelse eller avskjed av den tillitsvalgte, og at drøftingen skal handle om måter å gjennomføre dette vedtaket på. Kommentarene nevner imidlertid ikke noe om dette, og det må derfor legges til grunn at drøftingsmøtet etter Hovedavtalen § 6-11 må avholdes på et tidspunkt og under omstendigheter partene kan være enige om.

Bestemmelsen i Hovedavtalen § 6-11 femte ledd inneholder på samme måte som aml. § 15-1 en reservasjonsrett for den oppsagte i forhold til deltakere ved et drøftingsmøte, men har også et tillegg som er noe uklart, både på basis av formuleringen og på den manglende begrunnelse: ”... eller dette vil virke krenkende overfor andre.” Kommentarene har ingen forklaring på hva som kan gjøre drøftinger med arbeidsutvalget krenkende overfor andre. Denne spesielle formuleringen er for eksempel ikke tatt inn i hovedavtalen mellom LO og Arbeidsgiverorganisasjonen Spekter, der det fremgår at drøftingen skal gjennomføres med

⁵⁷ Jf. Kommentarene s. 138-139

overordnet fagforeningsinstans, det vil si vedkommendes forbund eller forening, og det er ingen bestemmelser om reservasjonsrett i forhold til mulige ”krenkende” virkninger.

5.2 OPPSIGELSE PGA. ARBEIDSGIVERS/ VIRKSOMHETENS FORHOLD

Denne kategorien representerer situasjoner der arbeidsgivere av forskjellige årsaker velger å redusere antallet arbeidstakere i virksomheten. På bakgrunn av den alminnelige styringsrett tilkommer det arbeidsgiver bl.a. å bringe arbeidsavtaler til opphør ved oppsigelse. Ved oppsigelser gjelder de generelle lovkrav i aml. kap. 15, eventuelle tariffavtalte bestemmelser samt arbeidsavtalens betingelser.

Saker som angår virksomhetens forhold kan for det første dreie seg om nødvendigheten av omstilling, driftsreduksjon eller nedbemanning. For det andre kan slike saker dreie seg om utvelgelsesproblematikk. Ved rettslig prøving i oppsigelsessaker vil arbeidsgivers skjønn være et moment i vurderingen, spesielt i forhold til hvorvidt den aktuelle saksbehandling har vært grundig, balansert og betryggende.⁵⁸

Arbeidsmiljøloven kap. 15 inneholder vernebestemmelser ved opphør av arbeidsforhold, både i form av oppsigelse, avskjed og suspensjon. Formkravene til oppsigelse, slik disse er lovfestet i aml. §§ 15-1 og 15-4 gjelder for øvrig også ved avskjed og suspensjon.

I henhold til aml. § 15-7 (1) må en rettmessig oppsigelse være saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Dette er et lovkrav som ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker, jf. aml. § 1-9. I de fleste tilfeller vil virksomhetens og arbeidsgivers forhold kunne være sammenfallende, selv om det i helt spesielle situasjoner kan være omstendigheter knyttet til arbeidsgivers forhold som vektlegges ved en saklighetsvurdering.⁵⁹

⁵⁸ Jf. Jakhell (2006) s. ff.

⁵⁹ Jf. Fanebust (2001) s. 103-104

Det grunnleggende saklighetskravet skal beskytte arbeidstakere mot vilkårlighet fra arbeidsgivers side. Innholdet i saklighetskravet omfatter både grunnlaget for og omfanget av en nedbemanning samt utvelgelsesprosessen.⁶⁰ Oppsigelser skal være saklig begrunnede basert på en ”avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker”, jf. § 15-7 (2) annet punktum.

I ESP art. 28 om arbeidstakerrepresentantenes rett til vern i foretaket m.m. heter det i norsk oversettelse⁶¹:

”For å sikre en effektiv gjennomføring av arbeidstakernes representanters rett til å utføre sine plikter forplikter partene seg til å sikre at disse i foretaket

- a. har effektivt vern mot handlinger som kan føre til skadevirkninger for dem, herunder oppsigelse, basert på deres stilling eller virksomhet som arbeidstakernes representanter i foretaket,
- b. gis slike muligheter som er nødvendige for at de skal kunne utføre sine plikter raskt og effektivt, idet det tas hensyn til det nasjonale system for samarbeid mellom partene i arbeidslivet og til behovene, størrelsen og ressursene til det berørte foretaket.”

I henhold til ILO-rekommandasjon nr. 166 (1982) art. 23 ”Criteria for Selection for Termination” pkt. (1) bør utvelgelseskriteriene være forhåndsavtalte, og ivareta interessene til både virksomheten og ansatte :

”The selection by the employer of workers whose employment is to be terminated for reasons of an economic, technological, structural or similar nature should be made according to criteria, established wherever possible in advance, which give due weight both to the interests of the undertaking, establishment or service and to the interests of the workers.”

I henhold til juridisk teori vil det stilles strenge saklighetskrav når det gjelder arbeidsgivers vurderinger. Dette innebærer at utenforliggende og diskriminerende hensyn vil være usaklige og ulovlige. Det vil også stilles krav til saksbehandlingen, og måten prosessen gjennomføres på.⁶² Ansiennitetsprinsippet er tradisjonelt ansett som et viktig kriterium, slik at ”ansettelsestid av lengre varighet skal i seg selv tillegges vekt ved saklighetsvurderingen

⁶⁰ Jf. Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s.229

⁶¹ <http://www.lovdata.no/traktater/text/tra-19960503-002.html>

⁶² Jf. Jakhelln, Aune (2006) s. 864

etter aml. § 15-7,⁶³ men likevel slik at det ”kreves forholdsvis betydelige forskjeller i ansiennitet for at dette skal få noen rettslig betydning ved utvelgelsen.”⁶⁴ I sammenhengen antydes det ansiennitetsforskjeller på 10-15 år, basert på rettspraksis.

Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning eller omlegging fremgår det av Hovedavtalen § 9-12 første ledd at ansiennitet kan fravikes når det foreligger saklig grunn. I kommentarene utdypes dette slik at hovedregelen er at ansiennitetsprinsippet skal følges, og at arbeidsgiver eventuelt skal angi grunnlaget for ansiennitetsfravikelse.⁶⁵ I dommen gjengitt i Rt. 1986 s.879 i en sak om utvelgelse ved oppsigelse viste Høyesterett til at etter bestemmelsene i Hovedavtalen LO-NHO må andre kriterier enn bare ansiennitet tas med i vurderingen, og at ”avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov.” I tillegg må bedriften ”kunne ta hensyn til kvalifikasjoner, alder, ansiennitet og også klare sosiale eller menneskelige hensyn.”

Lovens saklighetskrav er en rettslig standard, og utviklingen over tid har vist en tendens til at rimelighetsvurderinger i forhold til arbeidstakers interesser vektlegges sterkere, spesielt i saker der det ikke er noe å bebreide vedkommende arbeidstaker. Dette fremgår også av forarbeidene til aml. (1977):

”Ser man på rettspraksis fra 1936 og fram til i dag, er det helt klart at det har skjedd en utvikling i retning av at det kreves sterkere grunner fra arbeidsgiverens side, for at en oppsigelse skal anses usaklig [sic]. Særlig har rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte kommet sterkere inn i bildet, og det legges større vekt på arbeidsgiverens forpliktelser overfor arbeidstakere som har blitt svekket gjennom arbeid i vedkommendes tjeneste. [...] Som det fremgår av målsetningsparagrafen, jfr. § 1 nr. 1, må også saklighetskriteriet følge med den sosiale utvikling i samfunnet ellers. Dette er derfor et felt hvor domstolene må være varsomme med å legge særlig eldre rettspraksis som går i arbeidstakerens disfavør til grunn.”⁶⁶

63 Jf. Jakhelln (2000) s. 741 ff.

64 Jakhelln (2000) s. 745-746

65 Jf. Kommentarene s. 152-153

66 Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 73

Det generelle utgangspunkt er at en oppsigelse ikke er saklig begrunnet ”dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker”, jf. aml. § 15-7 (2) første punktum. Dette innebærer at det må foretas en individuell vurdering av hva som er ”passende arbeid”, og at resultatet av vurderingene kan bli forskjellig i forhold til den enkelte arbeidstaker.

Hovedavtalen § 6-11 inneholder spesielle bestemmelser om oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgte, og forutsetter for såvidt at tillitsvalgte ikke skal være fullstendig skjermet når det gjelder oppsigelser. Paragrafens første ledd fastslår krav til saklig grunn. I henhold til kommentarene⁶⁷ skal saklighetsvurderingen være tilsvarende som for saklighetskravet etter aml. § 15-7 (1). I henhold til Hovedavtalen § 6-11 annet punktum, skal det ved oppsigelse av tillitsvalgte ”legges vekt på den spesielle stilling de tillitsvalgte har i bedriften i tillegg til ”ansiennitet og andre grunner det er rimelig å ta hensyn til.”

5.2.1 RETTSPRAKSIS FRA ARBEIDSRETEN

Fra Arbeidsrettens praksis kan vises til følgende saker der tillitsvalgtes stillingsvern har vært gjenstand for vurdering.

ARD 1937 s.62 omhandler en sak der en tillitsvalgt ble sagt opp begrunnet med manglende ordretilgang. Arbeidsretten fastslo at bevisbyrden i saklighetsspørsmålet påhvilde arbeidsgiver: ”Når hovedavtalen har slått fast at tillitsmennene ikke må sies opp uten saklig grunn, så er det for å sikre tillitsmennene mot å bli forfulgt for hvad de gjør som tillitsmenn. Blir en tillitsmann sagt opp, er det ikke arbeidernes organisasjoner som må godtgjøre at årsaken til opsigelsen er å søke i hans forhold som tillitsmann. Opsigelsen er tariffstridig og ugyldig med mindre bedriften kan godtgjøre at opsigelsen har sin saklige grunn.” Etter en konkret vurdering av de underliggende omstendigheter, bl.a. ordretilgang og ansiennitetsforhold, ble imidlertid opsigelsen funnet saklig.

⁶⁷ Jf. Kommentarene s. 138

I dommen inntatt i ARD 1973 s.8 foretok Arbeidsretten også vurderinger av ansiennitet som kriterium ved oppsigelser på bakgrunn av driftsinnskrenkninger. I saken hadde en tillitsvalgt blitt sagt opp til fordel for arbeidstakere med dårligere ansiennitet. Den dagjeldende hovedavtale hadde en bestemmelse tilsvarende dagens hovedavtale om at det bl.a. skulle legges vekt på den spesielle stilling tillitsvalgte har i bedriften. Arbeidsretten uttalte at tillitsvalgtes vern etter hovedavtalen ”under enhver omstendighet innebærer at en tillitsmann ikke kan oppsies uten at det på forhånd så vidt mulig er bragt på det rene at han ansiennitetsmessig og faglig er dårligere kvalifisert enn andre arbeidstakere som det kan være tale om å oppsi.” Oppsigelsen av den tillitsvalgte ble kjent ugyldig.

I en tilsvarende sak referert i ARD 1974 s.102 om oppsigelser på grunn av arbeidsmangel med tilhørende vurderinger av ansiennitet og kvalifikasjoner, hadde to tillitsvalgte blitt oppsagt. Arbeidsretten uttalte at det er ”uomtvistet på det rene at [hovedavtalen] tilstår tillitsmenn et spesielt og kvalifisert oppsigelsesvern for det tilfelle at det må foretas oppsigelse på grunn av arbeidsmangel.” Videre heter det i dommen at ”det påhviler vedkommende bedrift å godtgjøre at den ved den vurderende sammenligning mellom tillitsmenns og andre arbeidstakers ansiennitets- og kvalifikasjonsmessige posisjon har forholdt seg på den måte som den omtalte bestemmelse påbyr.” Arbeidsretten kom til at virksomhetens vurderinger av ansiennitets- og kvalifikasjonsspørsmål ikke hadde vært tilfredsstillende i henhold til forpliktelsene etter hovedavtalen, og oppsigelsene ble kjent ugyldige.

Som illustrasjon på at tillitsvalgtes tariffavtalte vern også må tas i betraktning ved permitteringer, vises til dommen i ARD 2003 s.88 der seks arbeidstakere, blant dem to tillitsvalgte, ble permittert på grunn av oppdragsmangel. Arbeidsretten fastslo i saken at bedriften hadde hatt saklig grunn til å permittere seks arbeidere. Etter å ha gjennomført en vurdering av hovedavtalens bestemmelser om kriterier ved utvelgelsen, kom Arbeidsretten til at bedriftens forpliktelser under enhver omstendighet må antas å rekke lengre enn det å ta behovet for tillitsvalgtrepresentasjon i betraktning ved utvelgelsen. Forpliktelsene måtte innebære at bedriften i en viss utstrekning hadde plikt til aktivt å søke alternativer til

permittering av tillitsvalgte. Videre avgjorde Arbeidsretten at vernet etter hovedavtalens bestemmelser skulle gjelde de som faktisk var tillitsvalgte på permitteringstidspunktet, slik at bedriften ikke kunne nøye seg med å oppfordre de aktuelle arbeidstakere til å velge nye representanter. Arbeidsretten kom etter sin gjennomgang av de faktiske forhold, sammenholdt med tariffavtalens bestemmelser, til at permitteringen av den ene av de to tillitsvalgte var tariffstridig og ugyldig.

5.2.2 VURDERING

Det vil i forhold til utsatte arbeidstakere være mange hensyn som må vurderes av arbeidsgiver på bakgrunn av saklighetskriteriet ved en oppsigelsessituasjon, inkludert bl.a. sosiale konsekvenser. Ansiennitets- og kvalifikasjonsbetraktninger vil være viktige, både for virksomheten og for arbeidstakerne, og kan være tariffavtalte.

Et styrket vern for tillitsvalgte på bakgrunn av fortolkninger av saklighetskravet kan medføre at utvelgelsesprosessen kompliseres. Dersom den aktuelle tillitsvalgte befinner seg i en utsatt posisjon i en utvelgelsesvurdering på bakgrunn av ansiennitets- og kvalifikasjonsvurderinger, vil vedkommendes eventuelle styrkede oppsigelsesvern f.eks. kunne føre til oppsigelse av bedre kvalifiserte arbeidstakere, eller av arbeidstakere med lengre ansiennitet.

Situasjoner der arbeidstakerne har flere representanter kan reise spesielle spørsmål. Dersom disse representerer ulike grupper av arbeidstakere, kan det tas utgangspunkt i at det spesielle stillingsvernet må gjelde i forhold til hver tillitsvalgt. Dersom en gruppe arbeidstakere i samme virksomhet har flere tillitsvalgte, må spørsmålet avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering av omstendighetene, jf. Arbeidsrettens dom om permittering ARD 2003 s.88.

I en oppsigelsesprosess på bakgrunn av virksomhetens forhold kan det følgelig være hensyn som trekker i begge retninger. Vurderingene må derfor baseres på omstendighetene i

den enkelte sak, dvs. blant annet bakgrunnen for oppsigelsene, virksomhetens størrelse og økonomiske forhold, arbeidstakernes spesialisering og kvalifikasjoner samt reelle hensyn⁶⁸.

Det er likevel slik at tillitsvalgtes spesielle rolle i forhold til medvirkning og drøftingsprosesser kan berettige et styrket vern mot oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, jf. saklighetskravet i aml. § 15-7 (1). De spesielle hensyn må ivaretas ved en fortolkning av lovens bestemmelser. Det foreligger intet åpenbart relevant subjektivt tolkningsgrunnlag, ettersom det ikke fremgår direkte i forarbeidene at lovgiver har vurdert nødvendigheten av at saklighetskravet skal gi tillitsvalgte/ arbeidstakernes representanter uttrykkelig krav på spesielt stillingsvern. I forhold til en objektiv fortolkning fremgår det heller ikke direkte av lovens tekst at et slikt spesielt stillingsvern er forutsatt.

Ved en fortolkning i samsvar med lovens formål, der bl.a. folkerettslige forpliktelser trekkes inn, samt vurderinger på bakgrunn av reelle hensyn der det legges vekt på den tillitsvalgtes utsatte posisjon, kan saklighetskriteriet imidlertid gi tillitsvalgte et styrket stillingsvern. Når det gjelder formålsbetraktninger kan det i sammenhengen til nevnes at tidligere lovgivning inneholdt stillingsvern for arbeidstakere med tillitsverv, jf. midlertidig lov av 23. juli 1920.⁶⁹ Stillingsvern for tillitsvalgte har ikke blitt mindre viktig etter at denne loven ble opphevet, noe som bl.a. fremgår av rettspraksis, først og fremst fra Arbeidsretten på bakgrunn av tariffavtalenes spesielle stillingsvern for tillitsvalgte.

Dette tilsier at det kan legges til grunn som en klar forutsetning at den tillitsvalgtes rolle som arbeidstakernes representant berettiger spesielle hensyn ved vurderingen av om en oppsigelse på bakgrunn av virksomhetens forhold er saklig. Dette spesielle stillingsvernet må likevel vurderes opp mot andre relevante hensyn. Det kan følgelig tas utgangspunkt i at det kreves helt spesielle grunner for å berettige oppsigelse av tillitsvalgte.

⁶⁸ Jf. ILO-rekommandasjon nr. 119 (1963)

⁶⁹ Jf. Fanebust (2001) s. 270

På bakgrunn av rettspraksis fremgår at den tariffavtalte forutsetning om at det skal legges vekt på den spesielle stilling de tillitsvalgte har i bedriften, gir seg minst to utslag. Ved ansiennitets- og kvalifikasjonsvurderinger må det gjennomføres en grundig sammenlignende vurdering av de tillitsvalgtes og andre arbeidstakeres ansiennitets- og kvalifikasjonsforhold. Dessuten må en arbeidsgiver i sammenhengen ikke foreta disposisjoner som fullstendig fratar arbeidstakerne sin representasjon.

5.3 OPPSIGELSE PGA. DEN TILLITSVALGTES FORHOLD

Saker som angår arbeidstakers forhold kan dreie seg om tjenesteforsømmelser og illojalitet, men kan også omfatte dårlig arbeidsutførelse, manglende samarbeidsevne m.m., avgrenset mot alvorlige forhold som representerer vesentlig mislighold av arbeidsavtalen, jf. § 15-14 om avskjed.⁷⁰ Når det gjelder tillitsvalgte må imidlertid slike forhold vurderes på bakgrunn av omstendighetene. Forhold som har sitt grunnlag i den tillitsvalgtes utøvelse av sitt verv må vurderes annerledes enn forhold som gjelder den tillitsvalgtes forhold som arbeidstaker. Dette kan blant annet gjelde spørsmålet om den tillitsvalgtes lojalitetsplikt kan ha et annet innhold enn arbeidstakeres generelle lojalitetsplikt.

5.3.1 TILLITSVALGTES LOJALITETSPLIKT

Forarbeidene til aml. (2005) gir uttrykk for at lojalitetsplikten for den tillitsvalgte, i rollen som sådan, må vurderes spesielt:

”Ansatte som er tillitsvalgte skal ivareta arbeidstakernes interesser og melde fra om kritikkverdige eller betenkelige forhold. Dette kan helle i retning av at det også skal mer til før en tillitsvalgts uttalelser er illojale. Her må det imidlertid skilles mellom opptreden som arbeidstaker og som tillitsvalgt.”⁷¹

Utgangspunktet er at den samme lojalitetsplikt som gjelder for øvrige arbeidstakere også gjelder for tillitsvalgte. Det må imidlertid tas hensyn til særlige tariffavtalte bestemmelser, som f.eks. Hovedavtalen § 6-5 om partenes opptreden. Det fremgår av denne paragrafens pkt. 1 at tillitsvalgte ”har plikt til å gjøre sitt beste for å opprettholde et rolig og godt

⁷⁰ Jf. Jakhelln (2006) s. 431 ff.

⁷¹ Ot.prp nr. 49 (2004-2005) s.129

samarbeidsforhold”, og etter pkt. 2 ”påse at plikter [...] etter tariffavtale, arbeidsreglement og arbeidsmiljølov blir fulgt.” I paragrafens pkt. 3 heter det: ”Det er uforenlig med [...] de tillitsvalgtes plikter å tilskynde eller medvirke til ulovlig konflikt. De tillitsvalgte har heller ikke anledning til å nedlegge sine verv i forbindelse med slik konflikt.”

Hovedregelen er at arbeidstakers oppfyllelse av sin arbeidsavtale på bakgrunn av vedkommendes innsats i arbeidstiden skal være avgjørende i forhold til vurderinger av lojalitet. Høyesterett uttalte i saken referert i Rt. 2009 s. 685 som omhandlet oppsigelse på basis av straffbare forhold begått i den ansattes fritid:

”Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner. Ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers uakseptable opptreden utenfor tjenesten stilles særlig strenge krav.”⁷²

Som representant for arbeidstakerne kan det i forskjellige sammenhenger forekomme at den tillitsvalgte må fremme vanskelige saker og kontroversielle synspunkter.

Lojalitetsplikten kan bli satt på spissen i saker om vern av ytringsfrihet, der den tillitsvalgte for eksempel har uttalt seg kritisk om forhold som berører virksomhetens interesser, enten dette har foregått internt eller eksternt. For det første må det i sammenhengen avgrenses mot varsling på bakgrunn av bestemmelsene i aml. § 2-4 og vern mot gjengjeldelse ved varsling i § 2-5. For det annet må det avgrenses mot rene politiske ytringer i alminnelige arbeidsforhold. Slike ytringer er vernet både av Grl. § 100 og EMK art. 10.⁷³ I henhold til juridisk teori med henvisning til rettspraksis, jf. ARD 1986 s.189 omtalt nedenfor, kan tillitsvalgte f.eks. etter henvendelse fra massemedia ”ha legitim interesse i å redegjøre for de faktiske forhold, uten først å ta opp spørsmålet med arbeidsgiver.”⁷⁴

Som vist ovenfor skiller ikke ESP art. 28 direkte mellom forskjellige oppsigelsesgrunnlag. Arbeidstakernes representanter skal sikres ”effektivt vern mot handlinger som kan føre til

⁷² Jf. premiss 52

⁷³ Jf. Storeng (2006) s. 262

⁷⁴ Jf. Jakhelln (2006) s. 311

skadevirkninger for dem, herunder oppsigelse, basert på deres stilling eller virksomhet som arbeidstakernes representanter i foretaket.” Også når det gjelder oppsigelse på bakgrunn av tillitsvalgtes eget forhold vil en fortolkning av arbeidsmiljølovens saklighetskrav i § 15-7 (1) være grunnlaget. Som vist ovenfor gir uttalelser i forarbeidene støtte for at den tillitsvalgtes vern må vurderes spesielt i forhold til lojalitetsplikten.

Ved oppsigelse på bakgrunn av arbeidstakers forhold vil det imidlertid i utgangspunktet ha begrenset betydning at vedkommende også er tillitsvalgt:

”Dersom forholdet ikke har sammenheng med tillitsvervet er det neppe heller grunn til å vurdere arbeidstaker som har slike verv, strengere enn andre. Også tillitsvalgte eller verneombud kan f.eks. komme for sent eller gjøre seg skyldig i naskeri fra bedriften, uten at det i denne sammenheng bør kunne oppfattes som et ’skjerpende’ moment at vedkommende har tillitsverv.”⁷⁵

Når det derimot gjelder oppsigelse av tillitsvalgt på bakgrunn av forhold relatert til vervet, ”må det som utgangspunkt legges til grunn en høyere terskel enn normalt for å anse en tillitsvalgt arbeidstakers engasjement som mislighold av arbeidskontrakten. Særlig gjelder dette dersom den tillitsvalgte er forholdsvis uerfaren i sitt verv, eller om han utsettes for press fra medlemmene. Det kan være grunn til å regne med at det må utvises en større grad av skepsis til oppsigelsesgrunnlaget ved oppsigelse av en tillitsvalgt enn ved arbeidstakere uten slikt verv.”⁷⁶

Som hovedregel gir Hovedavtalens bestemmelser den tillitsvalgte samme vern når det gjelder oppsigelse, uansett begrunnelse. Det stilles krav til saklig grunn i § 6-11, samt at det skal ”legges vekt på den spesielle stilling de tillitsvalgte har i bedriften.” Hovedavtalen § 6-11 annet ledd, annet punktum, har imidlertid en spesiell regel dersom oppsigelsen ”skyldes den tillitsvalgtes eget forhold.” Den utvidede oppsigelsesfrist for tillitsvalgte på 3 måneder skal ikke gjelde for oppsigelse på dette grunnlag.

⁷⁵ Fanebust (2001) s. 271

⁷⁶ Jakhelln, Aune (2006) s. 897

5.4 RETTSPRAKSIS

Rettspraksis inneholder både eksempler på at oppsigelse av tillitsvalgte på bakgrunn av forhold relatert til vedkommende har blitt ansett saklig, og eksempler på at slik oppsigelse har blitt kjent ugyldig.

5.4.1 DE ALMINNELIGE DOMSTOLER

Rimelighetsvurdering i forhold til den oppsagte får mindre betydning i oppsigelsessaker på bakgrunn av arbeidstakers forhold, jf. førstevoterendes uttalelse i Rt. 1992 s. 1023:

”Dette er likevel subjektive rimelighetsmomenter som loven etter sin ordlyd i § 60 nr.1, ikke gir anvisning på å ta hensyn til, i motsetning til nr.2 i samme paragraf når oppsigelsen skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak. Ut fra praksis og teori antar jeg likevel at det kan legges noe vekt på slike forhold også ved oppsigelse etter § 60 nr.1, men i mindre utstrekning enn når oppsigelsen er begrunnet i driftsinnskrenkning eller rasjonalisering.” [Aml. (1977) § 60 nr.1 og 2 tilsvarende aml. (2005) § 15-7 (1) og (3)]

Når det gjelder forhold som ikke har sammenheng med vervet som tillitsvalgt, må bedømmelsen normalt baseres på en generell vurdering tilsvarende som for øvrige arbeidstakere. Et eksempel på bevisvurdering fra rettspraksis er referert i Rt. 1956 s. 578, der en tillitsvalgt arbeidstaker ble oppsagt på grunn av egenrådige opptreden. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens konkrete vurdering av omstendighetene, og konstaterte at oppsigelsen var saklig begrunnet. Lagmannsretten hadde imidlertid lagt liten vekt på at den oppsagte var tillitsvalgt, men nøyde seg med å konstatere: ”Det er imidlertid intet som tyder på at dette har hatt noen som helst innflytelse på oppsigelsen.”

I en dom fra lagmannsretten, referert i LH 1998 s.861, ble oppsigelse av en tillitsvalgt på bakgrunn av påstander om ulovlig fravær, uhøflig opptreden, manglende samarbeidsevner og lav effektivitet kjent ugyldig. Lagmannsretten gjennomgikk de anførte begrunnelsene, uten å legge spesiell vekt på at vedkommende var tillitsvalgt. Det ble imidlertid bemerket innledningsvis at: ”[L]agmannsretten kan vanskelig finne bevismessig dekning for at [arbeidstakeren] ble utsatt for trakassering fra arbeidsgivers side fordi han var fagorganisert, men bevisførselen etterlater likevel et inntrykk av at [arbeidsgiveren] ikke har vært spesielt positiv til at ansatte organiserer seg.”

5.4.2 ARBEIDSRETEN

I saken referert i ARD 1936 s.49, som omhandler oppsigelse av en tillitsvalgt etter gjentatte advarsler, heter det:

”En tillitsmann er i kraft av denne tariff-forskrift sikret mot å bli sagt op, med mindre bedriften kan godtgjøre at den har hatt en saklig grunn for å si ham op. Men den særstilling en tillitsmann således har må han selvsagt ikke misbruke ved å ta seg friheter som ikke lar seg forene med hvad god arbeidsskikk krever av disiplin og påpasselighet under arbeidet. Tvert om må en tillitsmann nettop i kraft av den særstilling han har legge særlig vinn på å foregå de øvrige arbeidere med et godt eksempel. Jfr. hovedavtalens § 3 som uttrykkelig fremhever at tillitsmennene ikke bare har plikter overfor sine arbeidskamerater og sin organisasjon, men også mot bedriften. Men for de gode arbeidsforhold ved en bedrift er det også særlig viktig at bedriften på sin side søker å undgå alt som kan vekke mistanke om at arbeiderne om at deres tillitsmenn blir trakassert. Vil bedriften si op en tillitsmann, bør den gå frem på en måte som viser at det bak opsigelsen ikke ligger annet enn saklige grunner.” I saken fant Arbeidsretten at oppsigelsen ikke hadde saklig grunn.

ARD 1954 s.24 omtaler en sak der en tillitsvalgt ble oppsagt på bakgrunn av bl.a. overtidsnekt. Den tillitsvalgte anførte bl.a. at han hadde opptrådt i samsvar med fagforeningens vedtak. Arbeidsretten kommenterte dette med at fagforeningen etter tariffavtalen er forpliktet til å unngå å gjennomføre tariffstridige aksjoner. Den aktuelle tillitsvalgte, som også var formann i fagforeningen, hadde etter Arbeidsrettens oppfatning ”en særlig plikt til å sørge for at dette ikke blir gjort.” Arbeidsretten bemerket dessuten: ”I kravet til ’saklige grunner’ må det for øvrig ligge ikke bare at grunnene ikke må være ’usaklige’, men også et krav om at grunnene skal være av en slik styrke at de gjør avskjedigelsen berettiget.” I denne saken fant Arbeidsretten at tariffstridige aksjoner var saklig grunn for oppsigelse.

I saken gjengitt i ARD 1976 s.53 ble en tillitsvalgt oppsagt på grunn av tilsidesettelse av arbeidsplikter, alkoholbruk i tjenesten samt vanskelige personlige holdninger.

Vedkommendes fagforening hevdet at den reelle bakgrunnen for oppsigelsen var den tillitsvalgtes aktiviteter som sådan, blant annet ved at vedkommende hadde påtalt konkrete

uakseptable forhold. Arbeidsretten kom imidlertid til at oppsigelsen var tilstrekkelig saklig begrunnet.

I ARD 1980 s.234 ble bl.a. to tillitsvalgte oppsagt etter at det gjennom lengre tid hadde vært vanskelige samarbeidsforhold mellom ledelse og ansatte. Noen måneder før oppsigelsen hadde flertallet av de ansatte meldt seg inn i en fagforening, og samarbeidsforholdene ble forverret bl.a. på bakgrunn av ansattes krav om tariffavtale og styrerepresentasjon. Til tross for at oppsigelsene var begrunnet med tillitsbrudd, brudd på taushetsløfte og ordrenektelse, kom Arbeidsretten etter konkrete bevisvurderinger til at oppsigelsene var basert på sviktende saklig grunnlag, og dermed var ugyldige.

5.4.3 VURDERING

Den tillitsvalgtes spesielle rolle i forhold til å ivareta arbeidstakernes interesser må legges til grunn som et viktig vurderingskriterium ved oppsigelser, spesielt i situasjoner der det eksisterer et konfliktforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstakere. Det må som hovedregel sondres mellom forhold som har tilknytning til vervet, og forhold som ikke har sammenheng med vervet som tillitsvalgt.

Når det gjelder forhold som har tilknytning til vervet, vil den tillitsvalgtes styrkede stillingsvern kunne baseres på fortolkninger av arbeidsmiljølovens saklighetskrav, jf § 15-7 (1), uttalelser i forarbeidene, ESP art. 28, tariffavtaler, rettspraksis - spesielt fra Arbeidsretten, samt reelle hensyn på samme måte som når det gjelder oppsigelser på grunn av virksomhetens forhold. Det må i tillegg legges til grunn at lojalitetsplikten må vurderes spesielt når det gjelder tillitsvalgtes forhold.

Når det gjelder oppsigelse av tillitsvalgt på bakgrunn av forhold som ikke er relatert til vervet, fins det på basis av lov, forarbeider og rettspraksis imidlertid ingen spesielle holdepunkter for at den tillitsvalgte skal ha et utvidet stillingsvern, eller for at vedkommende eventuelt skal vurderes strengere enn øvrige arbeidstakere.

5.5 RETT TIL Å FORTSETTE I STILLINGEN ETTER OPPSIGELSE

Etter arbeidsmiljølovens bestemmelser kan en arbeidstaker innen visse frister kreve forhandlinger med arbeidsgiver, dersom vedkommende vil gjøre gjeldende at en oppsigelse eller avskjed er ulovlig, jf. § 17-3 (1). I henhold til § 15-11 (1) kan arbeidstaker som hovedregel ”fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår.” I tillegg vil retten til å fortsette i stillingen gjelde dersom søksmål reises, jf. bestemmelsene i aml. § 17-4 (5).

I henhold til forarbeidene skal rettighetene sikre kontinuitet i arbeidsforholdet og gjøre det ”lettere for arbeidstaker å fastholde stillingen dersom oppsigelsen senere blir kjent ugyldig.”⁷⁷

Tariffavtalte bestemmelser sikrer den tillitsvalgte rett til å fortsette i stillingen:

Hovedavtalen § 6-11 tredje ledd, første punktum, henviser til de generelle reglene etter aml. kap 15-17, det vil si bestemmelsene om oppsigelse, suspensjon og avskjed, supplert med spesielle rettigheter til bl.a. å fortsette i stillingen. Dessuten fastslås det en unntaksfri regel: ”hvis LO gjør gjeldende at oppsigelsen er usaklig, skal fratreden ikke finne sted før Arbeidsrettens dom foreligger.”

Ved en omtvistet oppsigelse av tillitsvalgte kan det være spesielt viktig at vedkommende har rett til å fortsette i stillingen inntil det er endelig avgjort at oppsigelsen er saklig. For det første kan dette begrunnes med den tillitsvalgtes spesielle rolle som arbeidstakernes representant, og for det andre med de ulike avveiningsbehov ved utvelgelse. Det er først når resultatet av omtvistede begrunnelser og utvelgelser har vært gjenstand for rettslig prøving det kan fastslås at oppsigelsen eventuelt er saklig.

⁷⁷ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235

5.6 SPESIELLE OPPSIGELSESFRISTER

Oppsigelsesfristene i arbeidsmiljøloven gjelder generelt, uansett oppsigelsesgrunnlag, mens Hovedavtalens utvidede oppsigelsesfrist bare gjelder ved nedbemanning på bakgrunn av bedriftens forhold.

Dersom ikke annet er avtalt i arbeidsavtalen eller i tariffavtale er hovedregelen at den gjensidige oppsigelsesfrist etter arbeidsmiljølovens bestemmelser er en måned, jf. § 15-3 (1), beregnet fra og med første dag i den påfølgende måned, jf. § 15-3 (4). På bakgrunn av bestemte forutsetninger som ansettelsestid og alder, kan imidlertid oppsigelsestiden være lengre, jf. § 15-3 (2) og (3). Arbeidsmiljøloven har imidlertid ingen spesielle bestemmelser om oppsigelsestid for tillitsvalgte/ arbeidstakernes representanter.

På bakgrunn av bestemmelsene i Hovedavtalen § 6-11 annet og tredje ledd skal en tillitsvalgt ha minimum tre måneders oppsigelsesfrist. Dette imidlertid ikke dersom ”oppsigelsen skyldes den tillitsvalgtes eget forhold.” Hovedavtalen vil ha betydning der den tillitsvalgte arbeidstakers oppsigelsesfrist er basert på arbeidsmiljølovens minimumsbestemmelser, jf. aml. § 15-3 (1) og (2) første punktum, og sikrer derfor en viss kontinuitet når det gjelder arbeidstakernes representasjon.

5.7 OPPSIGELSESVERN VED VIRKSOMHETSNEDELEGGELSE

I forbindelse med masseoppsigelser skal det innledes drøftinger med tillitsvalgte så tidlig som mulig, ”med sikte på å komme fram til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte”, jf. aml. § 15-2 (2) første punktum. Dersom arbeidsgiver vurderer nedleggelse av ”virksomheten eller en selvstendig del av denne” forutsettes betydelig medvirkning av den tillitsvalgte. Arbeidsmiljøloven gir imidlertid ikke den tillitsvalgte spesielt vern i denne sammenheng, slik at dette igjen må baseres på en fortolkning av saklighetskravet i § 15-7 (1), sammenholdt blant annet med EU-direktivkrav til arbeidstakerrepresentasjon i slike saker.

Hovedavtalen § 6-11 fjerde ledd inneholder en formulering om at det er ”viktig at berørte arbeidstakere beholder en tillitsvalgt så lenge som mulig” ved virksomhetsnedleggelse eller ved konkursavvikling. Denne bestemmelsen synes å rette seg til arbeidstakerne, altså de som står bak valget av vedkommende tillitsvalgt, og indikerer etter ordlyden at disse forutsettes å akseptere at andre må sies opp før den tillitsvalgte i slike situasjoner, også om dette får konsekvenser ved bl.a. ansiennitetsvurderinger.

5.8 TILBAKEVIRKNING AV HOVEDAVTALENS BESTEMMELSER

På bakgrunn av at hovedregelen i arbeidsmiljøloven er at bestemmelsene ikke kan ”fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker”, jf. § 1-9, vil det ikke være lovstridig å avtale bedre betingelser, for eksempel i tariffavtale.

5.8.1 KRAV OM TARIFFAVTALE

Et eksempel på dette er oppsigelsesvern i en spesiell situasjon, der Hovedavtalens bestemmelser tilsynelatende gis tilbakevirkende kraft, jf. Hovedavtalen § 6-11 sjettede ledd. Dersom en bedrift har meldt seg inn i NHO, og det i den forutgående tremånedersperiode har vært gjennomført oppsigelser eller avskjed av tillitsvalgte (eller andre arbeidstakere) og ”det hevdes at dette skyldes krav om tariffavtale”, skal Hovedavtalens bestemmelser komme til anvendelse. Det samme skal også gjelde ved ”tvist om oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgte i forbindelse med overdragelse eller selskapsrettslig nyorganisering av bedrift, når LO hevder at dette er i strid med Hovedavtalens generelle bestemmelser om organisasjonsretten i § 2-1.” Bestemmelsene vil etter omstendighetene også kunne gi utvidet beskyttelse i forhold til oppsigelse eller avskjed på bakgrunn av den tillitsvalgtes forhold, dersom ”det hevdes” at dette skyldes krav om tariffavtale.

5.8.2 VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER MM.

Hovedavtalen § 6-11 sjettede ledd siste punktum omhandler virksomhetsoverdragelser og selskapsrettslige nyorganiseringer, situasjoner som normalt vil skape betydelig usikkerhet blant arbeidstakere. I slike sammenhenger vil det etter ordlyden bare være tillitsvalgtes

rettigheter som er beskyttet i den forutgående tremånedersperioden. Dette kan ha sin årsak i arbeidsgivers plikt til informasjon og drøfting med tillitsvalgte, jf. aml. §§ 8-1 og 16-5, og den tillitsvalgtes utsatte posisjon under slike omstendigheter. Kommentarene til Hovedavtalen inneholder imidlertid ingen klargjørende gjennomgang av bestemmelsenes innhold i forhold til vern av tillitsvalgte.

6 AVSKJED AV TILLITSVALGTE

6.1 AVSKJED PGA. ARBEIDSGIVERS/ VIRKSOMHETENS FORHOLD

Dette er en mindre aktuell problemstilling. Som tidligere nevnt kan det i helt spesielle tilfeller være arbeidstaker som krever avskjed basert på f.eks. manglende lønnsutbetaling, skadelig eller farlig arbeidsmiljø samt andre graverende forhold.⁷⁸

Det kan for eksempel tenkes at den tillitsvalgtes arbeidsforhold er så anstrengte og belastende at vedkommende velger å kreve avskjed fremfor oppsigelse, for derved å unngå arbeidsplikt i oppsigelsestiden. I saken gjengitt i Rt. 1997 s.1506 uttalte Høyesterett imidlertid at det skal ”meget til for at det kan bli tale om vesentlig mislighold” fra en arbeidsgiver på grunn av forhold ved arbeidsmiljøet knyttet til kommunikasjon og samarbeid.

6.2 AVSKJED PGA. DEN TILLITSVALGTES FORHOLD

Ettersom avskjed er en konsekvens av grovt pliktbrudd, vil vurderingstemaet i forhold til tillitsvalgte være om avskjedsgrunnlaget er basert på den tillitsvalgtes forhold som sådan. Det vil følgelig være nødvendig å gjennomføre en konkret bevisvurdering for å kartlegge de faktiske forhold.

⁷⁸ Jf. Jakhelln (2006) s. 417

I henhold til juridisk litteratur vil avskjedsgrunnlaget kunne være omfattende:

”Enhver handling eller unnlatelse vil kunne gi grunnlag for avskjed under forutsetning av at forholdet etter en konkret vurdering i forhold til arbeidets art, arbeidstakerens stilling og omstendighetene for øvrig kan anses som et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet som sådant. Ved den konkrete vurdering er det spesielt forhold som er egnet til å skade virksomheten utad, arbeidsforholdene innad og arbeidsgiverens styringsrett eller tilliten til arbeidstakeren, som vil kunne gi grunnlag for avskjed.”⁷⁹

Arbeidsmiljøloven har ingen spesielle bestemmelser som gir tillitsvalgte særlig vern i forhold til avskjed. Det fremgår heller ikke av forarbeidene at tillitsvalgtes behov for stillingsvern har vært spesielt vurdert i forhold til bestemmelsenes ordlyd.

Som vist ovenfor har arbeidstakernes representanter krav på stillingsvern etter arbeidsmiljøloven og tariffavtaler, sammenholdt med folkerettslige bestemmelser og ILO-rekommandasjoner. Det fremgår imidlertid ikke direkte av de respektive bestemmelsers ordlyd at dette vernet også skal tillegges spesiell vekt ved graverende forhold som kvalifiserer som avskjedsgrunnlag.

Avskjed er ”et påbud om øyeblikkelig fratreden” og den grunnleggende forutsetning er ”vesentlig mislighold av arbeidsavtalen”, jf. aml § 15-14 (1). Bestemmelsen nevner grovt pliktbrudd som eksempel. Bestemmelsene om forutgående drøfting i § 15-1 og formkrav etter § 15-4 gjelder også ved avskjed, jf. § 15-14 (2).

Ved avskjed har arbeidstakeren som hovedregel ikke rett til å fortsette i stillingen ved rettslig behandling av en tvistesak, jf. § 15-11 (3). Paragrafens annet punktum inneholder imidlertid en unntaksbestemmelse som gir retten adgang til å ”bestemme at arbeidsforholdet skal fortsette inntil saken er rettskraftig avgjort”, dersom arbeidstaker fremmer krav om dette.

⁷⁹ Fougner (2006) s.851

Hovedavtalen § 6-11 første ledd, første punktum, fastsetter krav om ”saklig grunn” ved oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgte. I henhold til første ledd, annet punktum, skal det legges vekt på den spesielle stilling de tillitsvalgte har i bedriften, i tillegg til ”ansiennitet og andre grunner det er rimelig å ta hensyn til.” I kommentarene til § 6-11 forekommer imidlertid ikke omtale av ansiennitetsvurderinger ved avskjed.⁸⁰ Normalt vil ansiennitetsvurderinger bare være relevant ved utvelgelse på bakgrunn av virksomhetens forhold.

Hovedavtalen § 6-11 tredje ledd har en generell henvisning til aml. kap. 15-17, dvs. blant annet bestemmelser om oppsigelse, avskjed og suspensjon, og fastslår at disse ”får tilsvarende anvendelse.” Når det gjelder fortsettelsen om at LO ”kan gjøre gjeldende at oppsigelsen er usaklig” og dermed forhindre fratreden inntil Arbeidsrettens dom foreligger, forekommer imidlertid ingen henvisninger til avskjed. På bakgrunn av formålet med bestemmelsen, kunne denne rettigheten imidlertid være enda viktigere ved avskjed/suspensjon enn ved oppsigelse.

Også ved avskjed skal det gjennomføres drøftinger med arbeidsutvalget, jf. Hovedavtalen § 6-11 femte ledd, hvis ikke den tillitsvalgte motsetter seg dette ”eller det vil virke krenkende overfor andre”.

6.2.1 RETTSPRAKSIS

I henhold til rettspraksis kan vesentlig mislighold av arbeidsavtalen omfatte forhold som for eksempel ordrenekt, økonomisk utroskap og ulovlig fravær.

6.2.1.1 DE ALMINNELIGE DOMSTOLER

Saken omtalt i RG 2005 s.668 omhandler en avskjedssak på bakgrunn av økonomisk utroskap, ved at en arbeidstaker som også var tillitsvalgt hadde stemplet inn for en kollega som ikke var tilstede på arbeidsplassen. Det hadde vært samarbeidsproblemer i bedriften, og situasjonen hadde tilspisset seg i perioden like før den urettmessige stemplingen hadde

⁸⁰ Kommentarene s. 138-139

funnet sted. Forholdet ble av arbeidsgiver betegnet som grovt pliktbrudd, og arbeidstakeren ble avskjediget med hjemmel i aml. § 66 nr. 1 - tilsvarende aml. 15-14 (1). Tingretten betegnet imidlertid forholdet som ”et enkeltstående tilfelle i en konfliktsituasjon som begge parter i større eller mindre grad må ta ansvaret for”, og at avskjed følgelig ikke var en berettiget reaksjon. Arbeidsgiver hadde nedlagt en subsidiær påstand om oppsigelse på bakgrunn av manglende tillit til arbeidstakeren, med hjemmel i aml. § 66 nr. 4 tredje punktum - tilsvarende aml. § 15-14 (3) tredje punktum, men fikk ikke rettens medhold i dette. Arbeidsgivers påstand om at arbeidsforholdet måtte opphøre på bakgrunn av kriteriet om åpenbar urimelighet i aml. § 66 nr. 4 annet punktum - tilsvarende aml. § 15-14 (3) annet punktum fikk heller ikke rettens medhold. Tingretten foretok imidlertid bare i begrenset grad vurderinger i forhold til om den tillitsvalgte måtte vurderes annerledes enn andre arbeidstakere i forhold til stillingsvern.

En tingrettsdom referert i TSAFO 2006-70994 omhandler avskjed av tillitsvalgt arbeidstaker med hjemmel i aml. § 15-14. Arbeidstakeren hadde vært ansatt i bedriften i relativt kort tid, og hadde vært tillitsvalgt i ca. ett år. I perioden som tillitsvalgt hadde vedkommende et konfliktfylt forhold til bedriftens ledelse. Avskjeden var begrunnet med at vedkommende hadde solgt alkohol til arbeidskolleger på bedriftens område. Dette ble betegnet som grovt pliktbrudd og illojalitet på bakgrunn av bedriftens restriktive holdning til omgang med rusmidler. I rettens vurderinger fremgår at også den relevante hovedavtale § 6-11 om vern av tillitsvalgte måtte tas i betraktning, men det ble lagt til grunn at ”vilkårene etter § 6-11 ikke får selvstendig betydning i forhold til avskjeds- eller oppsigelseskravene etter § 15-7 og § 15-14”. I sin gjennomgang av saken kommenterte tingretten at vurderingskriteriene måtte være en interesseavveining, der det må ”ses hen til at avskjedsbeslutningen ikke fremstår som en urimelig eller uforholdsmessig reaksjon. I vurderingen inngår også om bedriftens interesser ville være tilstrekkelig ivaretatt ved alternative mindre inngripende sanksjoner.” Etter en helhetlig gjennomgang og vurdering uttalte retten: ”Beslutningsunderlaget bærer bud om manglende balanse og helhetsvurdering, og hensynet til rimelighet og forholdsmessighet er derfor ikke ivaretatt i forhold til et såvidt inngripende sanksjonsmiddel som avskjed er. Retten finner at

avskjedsvedtaket derfor bør kjennes ugyldig.” Retten gav imidlertid sin tilslutning til arbeidsgivers subsidiære påstand om at avskjeden skulle omgjøres til oppsigelse.

6.2.1.2 ARBEIDSRETTE

I saken referert i ARD 1940 s.68 som omhandler avskjed av tillitsvalgt arbeidstaker på bakgrunn av påstått beruselse i arbeidstiden, uttalte Arbeidsretten at det etter hovedavtalens bestemmelser er ”arbeidsgiverens sak å påvise at det har foreligget saklig grunn når en tillitsmann er blitt oppsagt. Regelen har sin naturlige forklaring både i hensynet til den utsatte stilling som en tillitsmann inntar overfor arbeidsgiveren og til sikringen av at arbeidernes foreningsrett blir effektiv.” I saken fant Arbeidsretten at de nødvendige saklighetskrav ikke var oppfylt, og avskjeden ble kjent ugyldig.

Saken i ARD 1963 s.103 dreier seg om tjenesteforsømmelser begått av en arbeidstaker som også var lokal tillitsvalgt. Vedkommende fikk avskjed med en ukes oppsigelsesfrist, i strid med bestemmelsene i den gjeldende hovedavtalen. Den tillitsvalgtes prosessuelle rettigheter var tilsidesatt ved arbeidsgivers disposisjoner. Arbeidsretten fant at det ikke forelå tilstrekkelige grunner for avskjed, men at tjenesteforsømmelsen art kvalifiserte til oppsigelse.

I saken referert i ARD 1972 s.119 som omhandler en tillitsvalgt som ble avskjediget på grunn av mistanke om fusk med stemplingskortet, uttalte Arbeidsretten at hovedavtalen ”er forankret i en forutsetning om at grunnvilkåret for at en tillitsmann kan avskjediges er at han har gjort seg skyldig i en grov krenkelse av sine plikter som tillitsmann eller som vanlig arbeidstaker.” Videre viste Arbeidsretten til at det er vedkommende bedrift som har bevisbyrden for at en slik krenkelse foreligger. Arbeidsretten kunne imidlertid ikke se at beviskravet var oppfylt, og fant oppsigelsen ugyldig.

I dommen gjengitt i ARD 1976 s.196 angående en tillitsvalgt som ble avskjediget på grunn av klanderverdige forhold, viste Arbeidsretten til uttalelsene i ARD 1972 s.119 om grov

krenkelse av plikter som grunnvilkår for avskjed. Basert på konkret bedømmelse av det anførte grunnlag, kom Arbeidsretten til at avskjeden var ugyldig.

Saken omtalt i ARD 1986 s.39 omhandler en arbeidstaker som også var tillitsvalgt og klubbformann, og som ble avskjediget for bl.a. brudd på lojalitetsplikt og grovt mislighold av arbeidsavtalen. Til tross for at Arbeidsretten i dommen brukte karakteristikker som ”illojal”, ”utilbørlig” og ”krenkende” om vedkommendes opptreden, kom retten til at avskjeden var tariffstridig og ugyldig. Arbeidsretten fant imidlertid at den tillitsvalgte pliktforsømmelser og illojalitet gav arbeidsgiver saklig grunn til oppsigelse.

I ARD 1986 s.165 ble en tillitsvalgt omplassert til alternative arbeidsoppgaver etter at han hadde fått skriftlig advarsel på grunn av samarbeidsproblemer. Vedkommende tillitsvalgte nektet imidlertid å møte frem på det anviste arbeidssted, og ble deretter oppsagt.

Arbeidsretten gjennomgikk omstendighetene som ledet til arbeidsgivers beslutning om å omplassere vedkommende, og fant ikke grunnlag for at dette var en trakassering av vedkommende som tillitsvalgt. Arbeidsretten konkluderte med at avskjeden av den tillitsvalgte var rettmessig på bakgrunn av grovt pliktbrudd, ved at han nektet å møte på anvist arbeidssted. I dommen kommenterte Arbeidsretten at vedkommendes begrunnelse for ordrenektelsen var basert på råd fra eget forbund slik: ”Det er åpenbart uheldig at han fikk et uriktig råd fra sitt forbund, men det kan ikke fritta [ham] for ansvaret for sin opptreden.”

ARD 1986 s.189 omhandler en sak der to tillitsvalgte fikk avskjed på bakgrunn av påstått brudd på lojalitetsplikten. Samarbeidsforholdene i virksomheten hadde vært vanskelige over en periode på flere år, og situasjonen hadde vært gjenstand for organisasjonsmessige forhandlingsmøter, bl.a. på bakgrunn av brudd på lov- og avtalebestemmelser om drøfting og informasjon. Arbeidsretten konstaterte at begrunnelsen for avskjed ”reelt sett i vesentlig grad var knyttet til deres funksjon som tillitsvalgte.” Arbeidsretten kritiserte også arbeidsgiver for ikke å ha gjennomført drøftinger forut for beslutning om avskjed, og henviste i sammenhengen til bestemmelser i den relevante hovedavtale. Arbeidsgiver hadde

fremmet en subsidiær påstand om at arbeidsforholdet måtte bringes til opphør med hjemmel i hovedavtalen samt arbeidsmiljøloven § 66 nr.4 annet punktum - tilsvarende aml. § 15-14 (3) annet punktum. Arbeidsretten kommenterte i sammenhengen de tillitsvalgtes lange ansettelsesforhold, og at de hadde ”ivaretatt sine oppgaver på en fullt tilfredsstillende måte”. Arbeidsretten avgjorde at avskjed var uberettiget, tariffstridig og ugyldig, og at bedriften heller ikke hadde hatt saklig grunn til oppsigelse.

6.2.2 VURDERINGER

Det rettslige grunnlag for avskjed er ”grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen”, jf. aml. § 15-14 (1). For tillitsvalgte, som for øvrige arbeidstakere, gjelder et krav om at arbeidsavtalen må oppfylles. Ulovlig fravær, ordrenekt, utilbørlig opptreden, rusmisbruk m.v. kan følgelig også gjøres gjeldende som avskjedsgrunnlag for tillitsvalgte.

Hensyn som taler for den tillitsvalgtes stillingsvern i forhold til avskjed, vil i utgangspunktet være de samme som ved oppsigelse. Men ettersom avskjed av den tillitsvalgte vil frata arbeidstakerne sin påkrevde lovfestede eller tariffavtalefestede representasjon med øyeblikkelig virkning, er det viktig med en grundig vurdering av avskjedsgrunnlaget for å unngå konflikt med det spesielle stillingsvernet, spesielt dersom det dreier seg om momenter ved den tillitsvalgtes opptreden som sådan. Den tillitsvalgte kan være nødt til å fremme vanskelige saker og synspunkter, og dermed kanskje bli ansett som brysom og illojal av arbeidsgiver. Det vil derfor være særdeles viktig at det påberopte avskjedsgrunnlag ikke er konstruert for å kvitte seg med en vanskelig tillitsvalgt.⁸¹ Det er følgelig arbeidsgiver som har bevisbyrden for at det foreligger en grov krenkelse av plikter som tillitsvalgt eller som vanlig arbeidstaker.⁸² I henhold til juridisk teori kreves i sammenhengen kvalifisert sannsynlighetsovervekt.⁸³

⁸¹ Jf. Fanebust (2001) s. 270

⁸² Jf. ARD 1972 s.119 på s.128-129

⁸³ Jf. Jakhelln (2006) s.477

Hensyn som taler mot spesielt vern for tillitsvalgte i avskjedssammenheng kan være at arbeidsgiver vanskelig kan la vesentlig mislighold gå upåaktet hen, og dermed etablere en dobbel standard i forhold til avskjedsgrunnlag. Arbeidsgiver kan i henhold til styringsretten bl.a. lede og kontrollere arbeidet, og evt. terminere arbeidsforhold med hjemmel i lovbestemte regler om avskjed. Dersom tillitsvalgte gis generell immunitet mot avskjed, vil dette etter omstendighetene kunne medvirke til at arbeidsgiver mister styringen over egen bedrift.

Ettersom hovedregelen ved avskjed er umiddelbar fratreden, uten adgang til å fortsette i arbeidsforholdet ved påfølgende rettslig behandling, i motsetning til reglene ved oppsigelse, vil en urettmessig avskjed av en tillitsvalgt være spesielt alvorlig. Det kan følgelig være av stor betydning at tariffavtalen inneholder bestemmelser tilsvarende Hovedavtalen § 6-11 tredje ledd, første punktum, omtalt ovenfor, og at bestemmelsen også gjelder ved avskjed og suspensjon.

På bakgrunn av bevisvurderinger i den enkelte sak, har det forekommet at Arbeidsretten har ansett avskjed uberettiget som reaksjonsform, men funnet saklig grunn til oppsigelse og har avsagt dom på slikt grunnlag, jf. bl.a. ARD-1963-103 og i ARD-1986-39 omtalt ovenfor. Stillingsvernet for tillitsvalgte ved avskjed må følgelig ivaretas ved en konkret bevisvurdering, der det må legges spesiell vekt på om det påberopte avskjedsgrunnlag er reelt og tilstrekkelig alvorlig til å begrunne avskjed som reaksjonsform.

6.3 KORT OM SUSPENSJON AV TILLITSVALGT

Bestemmelsene om suspensjon er nye i arbeidsmiljøloven (2005), og er basert på reglene i tjenestemannsloven § 16.⁸⁴ I henhold til juridisk litteratur og tidligere rettspraksis var det imidlertid også tidligere anledning til bruk av suspensjon på ulovfestet grunnlag.⁸⁵

⁸⁴ Jf. Ot. prp. nr 49 (2004-2005) s. 243-244

⁸⁵ Jf. Jakhelln, Aune (2006) s. 970-971

Aml. § 15-13 (1) hjemler på bestemte vilkår suspensjon av arbeidsforholdet, det vil si at arbeidstaker fritas fra sin arbeidsplikt og utestenges fra sin arbeidsplass. Forutsetningen er at arbeidsgiver har konkret og begrunnet mistanke om at en arbeidstaker har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed etter § 15-14, dvs. grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen.⁸⁶ Formålet med bestemmelsen er å gi arbeidsgiver mulighet til, ved hjelp av et midlertidig tiltak, uforstyrret å gjennomføre nærmere undersøkelser av grunnlaget for en mulig avskjedssak, bl.a. nødvendig bevisinnsamling. Det kreves at suspensjon er nødvendig på bakgrunn av virksomhetens behov, enten dette dreier seg om interne forhold eller eventuelle eksterne forhold som f.eks. hensyn til virksomhetens anseelse og tillit.

Vurderingstemaet ved suspensjon av den tillitsvalgte vil være tilsvarende som for avskjed, der det må sondres mellom den tillitsvalgtes forhold som sådan og den tillitsvalgte som arbeidstaker. På samme måte som ved avskjed bør det vises betydelig varsomhet med å utestenge den tillitsvalgte fra virksomheten. Når det gjelder forhold som synes å være relatert til den tillitsvalgte som arbeidstaker, kan suspensjon imidlertid være et hensiktsmessig virkemiddel som alternativ til avskjed. Dette særlig fordi suspensjon er en midlertidig løsning som vil gi partene anledning til å tenke igjennom det aktuelle saksforhold før endelig beslutning treffes.

7 OPPSUMMERING OG SYNSPUNKTER

Det fremgår følgelig at tillitsvalgte av ulik art, og med forskjellig grunnlag for sine verv, har krav på stillingsvern i rollen som arbeidstakernes tillitsvalgte. Det formelle stillingsvernet er tilsynelatende sterkest for såkalte ”avtaletillitsvalgte” på bakgrunn av tariffavtalt stillingsvern, sammenholdt med adgangen for arbeidslivets parter til å bringe

⁸⁶ Jf. Ot prp nr 49 (2004-2005) s. 337

slike saker inn for Arbeidsretten. Imidlertid må en fortolkning av arbeidsmiljølovens saklighetskrav i § 15-7 (1) innebære at også tillitsvalgte i virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale har rettslig krav på et sterkt stillingsvern når det gjelder oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold. Arbeidstakernes representasjon er spesielt viktig i situasjoner med omstrukturering, nedbemanning og omorganisering i og av en virksomhet. Det er følgelig spesielt viktig å unngå at arbeidsgiver tvinger arbeidstakerne til å bytte ut den tillitsvalgte i løpet av slike prosesser, enten det er ved bruk av oppsigelse eller ved avskjed.

Stillingsvernet er imidlertid ikke generelt og ubegrenset, men forbeholdt den tillitsvalgte i rollen som arbeidstakernes representant. Det vil følgelig være gråsoner der det kan være vanskelig å avgjøre om et gitt forhold kan relateres til omstendigheter som har med den tillitsvalgte som sådan å gjøre, eller om det gjelder vedkommendes forhold som arbeidstaker. Saken gjengitt i ARD 1986 s.165 er et eksempel på at arbeidstakersiden anså avskjeden av den tillitsvalgte som tariffstridig og som en trakassering av vedkommende. Etter konkrete og grundige vurderinger fikk imidlertid arbeidsgiversiden Arbeidsrettens medhold i at avskjeden var saklig begrunnet og følgelig ikke tariffstridig.

I praksis burde det kunne være enklere for den fagorganiserte tillitsvalgte å avklare vanskelige saker, ettersom vedkommende vanligvis har fått en viss opplæring i regi av sin organisasjon, og dessuten vil kunne støtte seg til sin fagforening for råd og bistand i vanskelige saker. Likevel viser saker både fra Arbeidsretten og fra tingretten at dette ikke alltid er tilfelle, jf. ARD 1986 s.165 der Arbeidsretten uttalte om den tillitsvalgtes ordrenekt: "Det er åpenbart uheldig at han fikk et slikt uriktig råd fra sitt forbund, men det kan ikke fritta [vedkommende] for ansvaret for sin opptreden."⁸⁷ I saken referert i ARD 1991 s. 81 som omhandlet arbeidsgivers krav om tillitsvalgtes fratreden, uttalte Arbeidsretten blant annet: "Det er klart at organisasjonens standpunkt i det konkrete tilfelle ikke er avgjørende for den tillitsvalgtes forpliktelser. Pliktene [...] påhviler den tillitsvalgte

87 S.189

overfor motpartene i tarifforholdet, i kraft av hovedavtalen.”⁸⁸ I RG 2005 s.668 uttalte tingretten blant annet: ”De tillitsvalgtes opptreden må etter alt å dømme henge sammen med at de var uerfarne. De har trolig også fått dårlige råd av andre i organisasjonen i denne forbindelse.”

Disse sakene synliggjør at tillitsvalgte kan bli stilt overfor store utfordringer. For å få en rettslig avklaring av en tvistesak vil det kreves både økonomiske og andre ressurser, og det er følgelig en fordel å være medlem av en fagforening, og dermed kunne få nødvendig bistand. Tillitsvalgte i virksomheter som er bundet av tariffavtale har også en betydelig fordel ved at eventuelle tvistesaker kan bringes inn for Arbeidsretten, og om ønskelig også inn for de alminnelige domstolene.

Hovedtariffavtalens bestemmelser om tillitsvalgte, valgordning og forpliktelser i kap. V sammenholdt med bestemmelsene om bl.a. stillingsvern i kap. VI, bør i utgangspunktet gjøre det enklere for både arbeidsgivere og arbeidstakere å identifisere og forholde seg til tillitsvalgtes spesielle situasjon. Arbeidsmiljølovens henvisninger til ”tillitsvalgte”, ”arbeidstakernes representanter”, ”verneombud” og ”arbeidsmiljøutvalg” uten at stillingsvern er spesifisert i lovteksten, skaper imidlertid ikke like stor forutberegnelighet av rettstilstanden for de som kommer inn under en eller flere av disse betegnelse, med mindre disse også er omfattet av en tariffavtale. Ettersom stillingsvernet ikke fremgår direkte av lovteksten, vil det antakelig for mange være naturlig å konsultere juridisk litteratur i sammenhengen. Det er imidlertid vanskelig å finne konkret omtale av stillingsvern for tillitsvalgte som ikke er omfattet av tariffavtale.

Dette kan medføre at situasjonen, kanskje spesielt i mindre bedrifter med få ansatte, vil være preget av en viss usikkerhet i forhold til tillitsvalgtes vern. På bakgrunn av publisert rettspraksis er det imidlertid ingen direkte relevante saker å vise til i illustrasjonsøyemed. Hvorvidt dette skyldes at konflikter mellom arbeidsgivere og arbeidstakernes

88 S.103

representanter i slike virksomheter vanligvis ordnes i minnelighet eller at en av partene resignerer ved en konflikt, er det følgelig vanskelig å vite noe om.

Behovet for lovfestet identifikasjon av tillitsvalgte med tilhørende stillingsvern kan ha vært mindre frem til 1992, ettersom "tillitsvalgte" tidligere i hovedsak ble antatt å være synonymt med "avtaletillitsvalgte".⁸⁹ På bakgrunn av EU-direktivbaserte bestemmelser i arbeidsmiljøloven, som fremstilt ovenfor, oppstod imidlertid et "seleksjonsproblem." I henhold til juridisk teori mangler det "fortsatt grunnlag for å gi sikre, operative svar på hvordan det skal finnes frem til hvem de ulike tillitsvalgte skal være i en gitt situasjon."⁹⁰ Det er imidlertid klart at det er nødvendig å sikre arbeidstakernes representasjon, også i virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale.

Selv om tillitsvalgtes spesielle oppsigelsesvern vil bli lagt til grunn ved domstolsbehandling av tvister på bakgrunn av oppsigelser, kan det generelt skape større trygghet og også redusere antallet tvistesaker om alle tillitsvalgte har et lovfestet og tydelig stillingsvern som kan påberopes i relevante sammenhenger.

På bakgrunn av dette kan det tas til orde for at bestemmelser om tillitsvalgte, inkludert spesielt oppsigelsesvern, bør fastsettes i lov eller forskrift. En slik løsning vil også kunne skape større generell forståelse for den tillitsvalgtes rolle som et viktig element når det gjelder arbeidstakernes medvirkning og påvirkning, i tillegg til å tydeliggjøre stillingsvernet.

⁸⁹ Evju (2005) s. 216 ff.

⁹⁰ Evju (2005) s. 243

8 Litteraturliste

Litteratur m.v.:

- Evju, Stein: Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 1 Hefte 3 (2005). Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon : Tillike om "tillitsvalgte" og noen sider ved den nye arbeidsmiljøloven. s.175-251
- Fanebust, Arne: Oppsigelse i arbeidsforhold 4.utg. (2001). Universitetsforlaget. ISBN 82-00-45417-7
- Fougner, Jan m.fl.: Kollektiv arbeidsrett (2008). Universitetsforlaget. ISBN 978-82-13-02667-3
- Fougner, Jan, Holo, Lars og Friberg, Odd: Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave X. utg. (2006). Universitetsforlaget. ISBN 978-82-15-00759-5
- Høstmælingen, Njål: Internasjonale menneskerettigheter (2003). Universitetsforlaget. ISBN 82-15-00384-2
- Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten. 4. utg. (2006) N.W.Damm & Søn. ISBN 978-82-04-12937-6
- Jakhelln, Henning: Arbeidsrettslige studier II (2000). Universitetsforlaget.
- Jakhelln, Henning og Aune, Helga: arbeidsrett.no 2.utg. (2006) N.W.Damm & Søn. ISBN 978-82-04-12553-8
- Mork, Per Helge: Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009 2. utg. (2007). Gyldendal Norsk Forlag AS. ISBN 978-82-05-35350-3
- Sejersted, Fredrik ... [et al.] EØS-rett (2004). Universitetsforlaget. ISBN 82-15-00127-0
- Storeng, Nils H., Beck, Tom H., Due Lund, Arve: Arbeidslivets spilleregler (2006). Universitetsforlaget. ISBN 978-82-15-01035-9
- Landsorganisasjonen i Norge: Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009 med tilleggssavtaler og kommentarer. (Kommentarene)

Forarbeider og offentlige publikasjoner:

- Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- NOU 1996:14 Prinsipper for ny arbeidstvistlov
- NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget

Nettdokumenter:

- <http://www.lovdatab.no/traktater/text/tra-19960503-002.html>
- Nergaard, Kristine og Stokke, Torgeir Aarvaag: Organisasjonsgrader og tariffavtaledækning i norsk arbeidsliv 2004/2005. Fafo-rapport 518 (2006). ISBN 82-7422-526-0
<http://www.fafo.no/pub/rapp/518/518.pdf>
- Dansk Metal Tele Afdeling 12 Særaftale VII
<http://www.tele12.dk/fok/saeraftale7/saeraftale7.html>
- Hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter og LO:
http://www.spekter.no/stream_file.asp?iEntityId=2919